

論經濟分析在法學方法之運用*

王鵬翔、張永健**

<摘要>

法律經濟分析與法釋義學研究向來鮮少對話，本文嘗試將法律經濟分析整合運用至傳統法學方法：首先，經濟分析除了在部分條文之文義、歷史解釋不可或缺，更可藉由目的解釋或結果取向解釋的論證架構，成為法律解釋與法律續造的方法。因此，經濟分析不是獨立的法律解釋方法，而可融入於既有的法釋義學架構。其次，經濟分析追求的效率分為一階和二階：「一階效率」乃是直接作為實質規範目的之效率，尤其是資源配置效率與生產效率。「二階效率」則是權衡解決目的（原則、價值、利益）衝突之效率考量——亦即最適化或最大化實現一組可能相衝突之目的。體系上，民事財產法之內

* 作者感謝蘇永欽、王文宇、簡資修、林建志、王鐸、林子儀、邱文聰、吳全峰、劉淑範、戴昕、桑本謙、胡偉強、趙雷、由然、席濤、徐光東、周天舒、徐文鳴、賴建權、杜宴林、熊丙萬、賀劍、閻天、許可、劉曉春、侯猛、竺效、張吉豫的寶貴意見。尤其感謝雷磊教授在研討會上40分鐘的口頭評論。本文為中央研究院法律學研究所2016年研究組群計畫「經濟分析與法學方法」的部分成果。本文初稿曾發表於2016年12月13日中研院法律所個人年度學術研討會，2016年11月10日中研院法律所舉辦之「經濟分析與法學方法研討會」，2017年3月28日中國海洋大學法學院講座，2017年4月2日中國政法大學法與經濟學研究院專題演講，2019年6月9日吉林大學法學院講座，2019年6月12日中國人民大學法學院民商法前沿論壇。感謝劉孟涵、戴旻諺、張凱評、朱明希、朱子元、蔡孟昕的研究協助。

作者順序依姓氏筆劃排列，兩人貢獻程度相同。

** 中央研究院法律學研究所副研究員。E-mail: philaw@sinica.edu.tw

中央研究院法律學研究所研究員、法實證研究資料中心執行長、政治大學法律學院合聘教授；美國紐約大學（N.Y.U.）法學博士。E-mail: kleiber@sinica.edu.tw

• 投稿日：08/07/2018；接受刊登日：12/28/2018。

• 責任校對：辜厚僑、李佳蓉、余瑋迪。

• DOI:10.6199/NTULJ.201909_48(3).0001

在原則，多可由效率原則推導而出，是故效率可以作為民事財產法內部體系的統一性基礎，且由於法律原則具有最適化要求的規範結構，故任何法律原則的適用都內建了二階效率。最後，經濟分析有助於解決不同解釋方法之衝突與優先性等後設方法論問題，效率標準可以作為證成、選擇法律解釋以及是否採取法律續造的理由。

關鍵詞：經濟分析、法釋義學、效率、誘因、法學方法、法律解釋、法律續造、後設方法（二階方法）

◆目次◆

- 壹、導論：經濟分析與法學方法
- 貳、法學方法論簡介
 - 一、何謂「法學」？：法學的範圍與特性
 - 二、為什麼法學需要一套方法？
 - 三、傳統法學方法概要：以法律解釋方法為中心
- 參、經濟分析運用於法律解釋方法
 - 一、語意開放結構引入經濟分析論據
 - 二、歷史解釋中的經濟考量
 - 三、經濟分析作為目的論證方法
 - 四、經濟分析與體系解釋
 - 五、經濟分析作為後設方法
- 肆、結論

壹、導論：經濟分析與法學方法

自上世紀九〇年代初迄今，法律的經濟分析引入臺灣法學界已近三十年

¹。近年來，雖然法律經濟分析（Economic Analysis of Law）以及法律經濟學

¹ 從供給、需求兩方面分析臺灣法經濟學的發展歷程，黃韜（2014），〈台湾地区法

(Law and Economics)²的研究在臺灣日漸蓬勃發展，但法律經濟分析與傳統的法釋義學似乎仍為沒有交集的兩條平行線。經濟分析在法學界經常被視為異類，以民法學為例，除了少數例外³，絕大部分教科書都不會提及或運用經濟分析方法，甚而投稿至法學期刊的經濟分析研究論文仍不時遭受「非法學研究」之譏。

我們認為，造成這個現象的可能原因之一在於，法律經濟分析如何與法（釋義）學方法接軌，仍未獲得法釋義學與法律經濟分析兩方面學者的足夠重視與研究⁴。不僅經濟分析向來不被視為典型或「正統」的法學方法（或根本不被視為一種「法學」方法）⁵，而且效率作為經濟分析的核心概念如何能夠在釋義學的框架內發揮作用，也少見說明。

律经济学研究现状及其成因：基于法学知识生产的分析框架》，《华东政法大学学报》，92期，頁136-149。英文文獻，see Steven S. Kan, *Law and Economics in Taiwan*, in ENCYCLOPEDIA OF LAW & ECONOMICS 328, 328-336 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 1999), available at <http://encyclo.findlaw.com/0375book.pdf>.

² 關於法律經濟學與法律經濟分析的區別，可以參考GUIDO CALABRESI, THE FUTURE OF LAW AND ECONOMICS: ESSAYS IN REFORM AND RECOLLECTION 1-23 (2016).

³ 例如王澤鑑（2010），《民法物權》，2版，頁14，臺北：自刊（「私法上二個基本原則：自由和效率」）。王澤鑑教授並未認為效率是民法的唯一價值；另請參見註腳5對於王澤鑑教授立場的更多說明。

⁴ 作為法教義學的倡導者而明確主張法教義學的充分發展必須借鑑社會科學的研究成果，許德風（2013），〈法教义学的应用〉，《中外法学》，25卷5期，頁970-972。

⁵ 王澤鑑教授在《法律思維與民法實例》關於方法論的部分，並未特別強調經濟分析與法學方法之關聯。王澤鑑（2011），《法律思維與民法實例》，頁254-323，臺北：自刊。在其物權法教科書中則認為：「經濟效率不足以取代傳統的法律解釋方法，因為經濟效率不是最高或唯一的法律原則，法院也不是某項解釋是否符合經濟效率的最佳判斷者」，但他仍明白肯定「經濟效率乃在評估法律適用對資源配置的影響，應可納入法律目的解釋，而與其他解釋方法共同協力，以實現法律的規範意旨」，王澤鑑，前揭註3，頁25。黃茂榮教授則在其經典《法學方法與現代民法》第六版中額外提及「經濟觀察法」作為稅捐法的解釋方法，姑且不論這種取向於稅法經濟目的之解釋方法有別於一般性的經濟分析方法，黃茂榮教授仍認為「是否真的適當將經濟觀察法抬舉為一種特別的解釋方法，學說上依然存在疑問」，黃茂榮（2009），《法學方法與現代民法》，6版，頁437，臺北：自刊。

本文嘗試在經濟分析與法學方法之間架起一道跨越鴻溝的橋樑。在簡要介紹何謂「法學方法」之後，我們將說明經濟分析如何能夠整合到法學方法論的架構之中。本文的核心主張如下：

首先，經濟分析的思維模式，主要可以藉由目的解釋或結果取向解釋的論證架構，成為法律解釋與法律續造的方法之一；文義解釋與歷史解釋，有時必須訴諸經濟考量；體系解釋所訴諸之內在原則，亦可藉由效率原則來說明其合理性。因此，經濟分析基本上不是一種獨立的法律解釋方法，而是可以整合運用到既有的解釋方法，並填補解釋方法作為論證形式所需之實質內容。

其次，各種解釋方法的位階順序為何，迄今仍是法學方法論中懸而未決的問題之一。經濟分析的效率考量與成本效益分析，有助於解決解釋方法間的衝突與優先性問題。

進入正文之前，且容我們補充一個比較法上的觀察：法律經濟分析於上世紀後半發祥於美國，並迅速發展成為彼邦主流之「法學方法」，但在德國以及包括英國在內的歐洲法學界，經濟分析並未如同在美國一般大行其道⁶。然而，美國與德國的法學思維會有如此分歧發展，不能簡化為英美法與歐陸法的差異（同屬普通法系的英國，法律經濟分析就不如美國盛行，甚至可以說遠較德國遜色），而是有法律制度與文化、法學教育與學術社群、以及法律思想史等其它背景因素所造成，在此無法一一詳述⁷。無庸諱言，經濟分

⁶ 關於德國接受法律經濟學的困難，可見Christian Kirchner, *The Difficult Reception of Law and Economics in Germany*, 11 INT'L. REV. L. & ECON. 277, 277-92 (1991)；德語世界在十九世紀末二十世紀初也曾有經濟分析思想的萌芽。可惜未受到重視也沒有得到進一步發展，見Grechenig/Gelter, *Divergente Evolution des Rechtsdenkens - Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik*, *RabelsZ* 72 (2008), 513, 540 ff.

⁷ 對此詳見Grechenig/Gelter, (Fn. 6), S. 513-561。根據這兩位奧地利學者的看法，迄十九世紀後半，美國與德國的主流法學思維——前者以Langdell為代表的classical legal thought，後者則是概念法學（Begriffsjurisprudenz）——其實非常類似，他們認為，造成分道揚鑣的主因是美國法律現實主義（American Legal Realism）的興起，以及效益論（Utilitarianism）的思維方式在美國法學界被廣泛接受。兩位作者的英文版論述，see Kristoffel Grechenig & Martin Gelter, *The Transatlantic Divergence*

析不是德國主流的法學方法，對於經濟分析方法在法學的應用，德國（或德語系）法學界也多半持保留或質疑的態度⁸；因此，在主要繼受德國法的臺灣法學界，法律經濟分析之處於邊緣地位，乃至留美為主的經濟分析學者與留德為主的法釋義學者之間罕有交流對話，似乎也不足為奇。

即便如此，我們仍必須指出以下兩點：

第一、雖然經濟分析在德語法學界未居主流，其發展也不如美國昌盛，但這並不代表法律經濟分析的研究在德語世界不受重視或處於低度發展狀態。相反地，德奧瑞不僅都有法律經濟分析的專門研究機構⁹，德語的法律經濟分析教科書、專書、論文、判決評釋也早已汗牛充棟¹⁰，甚至有不少被譯為英文，只是臺灣少有引介而已。

in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism, 31 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 295 (2008).

See also Nuno Garoupa & Thomas S. Ulen, *The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States*, 59 ALA. L. REV. 1555 (2008) (主張美國有興盛的法經濟學，但歐洲沒有，原因是美國的法學院面臨激烈的資源競爭，而高度競爭的環境比較容易鼓勵創新，而法經濟學就是其中一項創新產品)。

⁸ 例如：Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, 3. Aufl., 1999, Rn. 852, 855; Bydliniski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., 1991, S. 331 ff.; Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 3. Aufl., 2010, S. 255 ff.; Fezer, *Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach*, JZ 41 (1986), 817, 817-824。大部頭與簡明版的兩本方法論代表作Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., 1991與Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 8. Aufl., 2003則從未有過隻字片語討論過經濟分析。

⁹ 代表者如漢堡、薩爾布魯根 (Saarbrücken)、維也納、聖加倫 (St. Gallen) 等大學的法律經濟學研究中心。歐盟贊助成立的法律經濟學學程，有碩士班European Master in Law and Economics (<http://www.emle.org/>)，參加者有德奧的漢堡大學與維也納大學；有博士班European Doctor in Law and Economics (<http://www.edle-phd.eu/>)，漢堡大學是四個核心學校之一。

¹⁰ 僅略舉數例如下：Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl., 2012; Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010; Adams, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 2. Aufl., 2004; Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 4. Aufl., 2015; Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 2. Aufl., 2006; Kötz/Schäfer, *Judex Oeconomicus*, 2003; van Aaken, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003; Schwintowski, *Ökonomische Theorie des Rechts*, JZ 53

第二、德語世界仍有不少學者，或在其方法論著作中，或以論文甚至專書來討論法律經濟分析在法釋義學中的地位及運用可能；儘管篇幅長短與接受程度不一¹¹，但這明白顯示了，德語法學界並未忽視經濟分析與法學方法的關聯，只是在臺灣未受足夠重視而已¹²。

(1998), 581, 581-588; Kirchner, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 1997; Assman/Kirchner/Schanze/Calabresi (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, 1993; Ott/Schäfer, *Die ökonomische Analyse des Rechts - Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?*, JZ 43 (1988), 213, 213-223; Behrens, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, 1986.

¹¹ 例如：Kirchner/Koch, *Norminterpretation und ökonomische Analyse des Rechts*, *Analyse und Kritik* 11 (1989), 111, 111 ff.; Grundmann, *Methodenpluralismus als Aufgabe: Zur Legalität von ökonomischen und rechtsethischen Argumenten in Auslegung und Rechtsanwendung*, *RabelsZ* 61 (1997), 423, 423 ff.; Tontrup, *Ökonomik in der dogmatischen Jurisprudenz*, in: *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter*, 1998, S. 41, 41-120; Ladeur, *Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels: Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts*, *RabelsZ* 64 (2000), 60, 91 ff.; Schwintowski, *Juristische Methodenlehre*, 2005, S. 151-164; Lieth, *Die ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsrestriktionen des Rechts und seiner Methodenlehre*, 2007; Eidenmüller, (Fn. 10), S. 393 ff., 450 ff.

¹² 限於篇幅，本文無法與質疑法律經濟分析的德國傳統法律學者進行全面對話。但正如Kirchner, *supra* note 6, at 278-79所言，即便在德國，法律經濟分析學者與傳統釋義學者也常處於各說各話的狀態：一方認為法學應該引進現代社會科學方法，尤其是經濟分析取向遠勝於傳統法學方法；另一方則堅持法律系統與法學方法的自主性。但正如Kirchner所指出，真正需要的其實是將經濟分析取向內化於法律解釋方法，讓法律學者與律師、法官都更容易理解接受，這正是本文所努力的方向。事實上，德國方法論的新近討論，已漸承認經濟分析方法有一席之地，對此請特別參見Laudenklos, *Methode und Zivilrecht in der ökonomischen Analyse des Rechts*, in: *Methodik des Zivilrechts - von Savigny bis Teubner*, 3. Aufl., 2017, S. 471, 484 ff. (該文討論了四種關於法學接受經濟分析的批評：有礙法學自主性、導致不確定性、歧視經濟弱勢、損益衡量會損及法倫理文化，並一一回應或反駁，但因與經濟分析與法學方法如何結合無直接相關，故在此不贅)；Kirchner, *Methodiken für die judikative Rechtsfortbildung im Zivilrecht - die institutionenökonomische Perspektive*, in: *Methodik des Zivilrechts: von Savigny bis Teubner*, 3. Aufl., 2017, S. 489, 489 ff. (該文從制度經濟學觀點，闡述經濟分析如何與傳統法學方法相結合以運用於民法的法律續造)。

臺灣作為繼受國，毋需故步自封，背負太多被繼受國（不論德美或其他國家）的傳統包袱；況且本地法律學者的留學背景及理論傳承已漸趨多元；彼此若能捐棄成見，攜手合作，未嘗不能在經濟分析與法學方法的跨領域議題作出有別於德美等被繼受國的獨特貢獻，而本文正是拋磚引玉的微薄嘗試。

以下簡要說明本文的論述結構。第貳部分首先批判地回顧並重構傳統的法學方法。除了說明何以法學需要一套方法，並強調傳統法律解釋方法的不確定性，指出法釋義學還需要一套關於法律解釋的後設方法。這是因為文義、歷史、目的、體系等傳統解釋方法，都只是論證形式，解釋者仍須填補某些規範性與經驗性的主張以充實論證之前提。而經濟分析以效率作為規範目的、以經濟行為模式來說明或預測結果，正可充實法律解釋形式所需之實質內容，並作為選擇評價法律解釋與續造的方法¹³。換言之，**本文並非主張經濟分析可以完全取代法釋義學，而是強調其可補充傳統法學方法在實質內容與後設方法論的不足之處**¹⁴。在英文的經濟分析著作中，尤其是歐洲或美國的純經濟學家執筆時，往往會忽略法釋義學的研究結果，直接以經濟學的分析工具，建構新的規則。這並非本文立場。法釋義學是大陸法系法律人溝通的平臺，和法律思維累積與推進的框架，本文認為經濟分析是「補充／結合」而非「取代」，意思是經濟分析可以在既有法律解釋方法的框架內展開，既不會推翻傳統的解釋方法，更非一種獨立的解釋方法¹⁵。

本文第參部分探討經濟分析方法與解釋論之關連。這些論述將以民事實體法問題為中心，並主要以民法方法論的一些典型例子¹⁶來說明。雖然本文

¹³ 本文並不主張，經濟分析是唯一可以和法釋義學相結合的理論。其它實質的規範性理論，例如正義理論、分配理論，至少也可以透過目的解釋方法與法釋義學相結合。

¹⁴ 本文的論旨在於展現經濟分析如何與法釋義學結合，以及為何法釋義學應該接納經濟分析。至於現行實務因為缺乏經濟分析思維產生的弊病，則是個別議題論文的工作。

¹⁵ 關於經濟分析並非取代，但可補充傳統法釋義學，亦參見Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 2017, S. 185.

¹⁶ 本文以民法方法論的經典例子說明經濟分析的功能，是為了凝聚焦點。如果舉一

的許多主張具有一般性，但不同部門法間運用經濟分析的方式與時機仍有些許差異。不同於可以推翻國會意志的憲法解釋，不同於可以入人於罪的刑法解釋，也不同於其他禁止規範之法律解釋，民法的解釋帶給第三人的「後患」較少。尤其當法院解釋的對象為契約法之「預設任意規定」，縱使本案當事人受此法律解釋拘束，但仍可用訴訟後交易，排除無效率的法律解釋對當事人交易之干擾；爾後的其他交易者更可以用事前的特約排除該民法條文，以同時排除法院之法律解釋。因此，在民事問題，法院有更多解釋法律的「實驗」空間，成本有限，但創造性的法律解釋可能帶來利多。即使論者對在刑法或公法領域適用經濟分析方法仍有疑慮，這並不妨礙法院使用同一套法釋義學方法，在民事案件中結合經濟分析論證。

不過，本文雖然主要以民法問題舉例，並不代表本文認為經濟分析只能適用到民商法，這只是筆者部門法專長與篇幅限制下的取捨。本文提出的「後設方法論」，以及在各種既有解釋方法中運用經濟分析的方式，原則上可以

般讀者不熟悉的例子，則本文需要花更多篇幅說明其背後緣由，難免失焦；這是其他專門論文應該作的工作。經濟分析在經典例子中與傳統法學方法論獲致一樣的結論，不代表在其他例子中兩者立場永遠相同。經濟分析即使結論都與傳統法學方法論相同，也不會因此失去用處。法學的很大一部分本來就是在寫作「協同意見書」而非「不同意見書」。再者，本文認為，傳統法學方法論的缺點之一是，對各自問題的說理，並未一貫，而顯得零散。經濟分析即使在十個問題和傳統法學方法論結論相同，都是使用同樣一套理論，一以貫之（例如下文即將以簡單的優勢風險承擔理論，來解釋契約法的「可歸責」、侵權行為法的過失、買賣法的危險負擔移轉方式、乃至瑕疵擔保責任的類推適用）。當經濟分析文章使用效率、交易成本等彼此關連密切的少數分析工具貫穿探討所有民法問題時，許多使用傳統方法的論著，在論述不同民法問題時，權衡不同的小目標、小價值，像是維護所有權之靜的安全、保障交易安全、避免社會經濟受影響、避免當事人利益重大損害、保全鄰地利益、使改良共有物更容易實行、促使共有物有效利用、保護少數共有人利益……等等不一而足（以上均摘述自民法物權編立法或修法理由，也常見於教科書與論文）。但如果沒有更上位的理論與價值判斷，法律解釋者要如何在這些價值中取捨，又如何知道還有哪些小目標或小價值是立法者、修法者未及明示者？當法官面對違章建築、借名登記此種常見但又沒有明確條文可憑的糾紛時，若沒有上位理論的指引，如何能作出和體系其他部分一致的判斷？

適用到所有法律問題。但要明確回答：公法、刑法等其他法律領域之經濟分析有何不同，只能另為文處理之¹⁷。

本文第參部分乃在展現經濟分析解釋民法問題的視角與方法。其他規範性或經驗性理論，自然也可以從不同角度與方法來充實法律論證所需之前提。本文的訴求只是：經濟分析思維提供了良好法律論證的一項必要條件，而非充分條件。任何法學研究取向都有其侷限，經濟分析亦不能免，但至少民事財產法領域中，經濟分析可以提供一以貫之的理論，而與傳統解釋論方法有良好結合之可能性。

最後，傳統的法學方法論多侷限於解釋論而不及於立法論，但解釋論與立法論難以截然區分，一套完整的法學方法論必須包括立法論，而立法論正是經濟分析擅長之處。但限於篇幅，筆者將以另文探討經濟分析與立法論之關連。

貳、法學方法論簡介

一、何謂「法學」？：法學的範圍與特性

在討論經濟分析是否以及如何能夠運用於法學方法之前，須先回答第一個大哉問：何謂「法學」與「法學方法」？

所謂「法學」有廣義、狹義兩種理解方式。廣義的法學，泛指一切以法律（不論是法律制度、規範、行動或其它相關現象）為研究對象的學科¹⁸。

¹⁷ 正如同Larenz在前揭註8的方法論著作也主要以民法領域問題為例，但這無礙於其作為一般性的法學方法論，也少有人質疑其關於法律解釋與續造的論述僅能適用於民法領域。此外，德文關於其它法領域之經濟分析的著作，除見前揭註10的若干文獻外，關於公法的經濟分析之新近著作，請特別參考Rodi, *Ökonomische Analyse des öffentlichen Rechts*, 2014. 英文文獻關於公法與刑法的經濟分析文獻已多，不贅述。

¹⁸ 傳統方法論學者多半也同樣肯認法學有廣狹兩義之分，如Larenz, (Fn. 8), S. 190 ff.; Bydlinski, (Fn. 8), S. 8 ff.

各人文、社會學科——例如哲學、社會學、人類學、經濟學等等——都能從各自的角度去研究法律，從而法律哲學、法律社會學、法律人類學、法律經濟學等交叉學科，皆屬廣義的法學。按照廣義的理解，只要研究的主題與法律相關，則各個學科所使用的方法均可稱為「法學方法」，如此一來，經濟分析無疑也屬於廣義的法學方法之一。不過，廣義的法學方法顯然不是法律人或法學者向來所理解的「法學方法」，為了區別起見，或許可將廣義的法學方法稱為「法學研究方法」（methods of legal research）。

狹義的法學即通常所稱「法釋義學」（Rechtsdogmatik, the doctrinal study of law, 或譯「法教義學」），狹義的法學方法，則是法釋義學在處理法律問題時所使用的方法。不過，何謂「法釋義學」，迄今仍沒有一個廣為接受的清楚定義。德國法學方法論巨擘 Karl Larenz 在其鉅著《法學方法論》，將法釋義學界定為：

主要從規範性角度來研究法律並以此探討規範之「意義」的學科。它涉及實證法規範的規範效力及其意義內容，同時也包括了法院判決所內含的裁判準則¹⁹。

Larenz 這段話短短數言，內涵卻十分龐雜，以下關於法釋義學的工作及性質的概述，可視為對這段話的補充闡述。

另一位德國法理學大家 Robert Alexy，在與兩位同樣知名的法理學家 Aleksander Peczenik 與 Aulis Aarnio 所合著的經典論文 *The Foundation of Legal Reasoning* 中，則將法釋義學的工作簡明界定為：（一）探究法律秩序的內容，以及（二）法律概念與法律規範的體系化。他們認為，這兩項任務是彼此關聯的，法秩序的內容無法獨立於體系化的方法，反之亦然²⁰。

¹⁹ Larenz, (Fn. 8), S. 195.

²⁰ See Aulis Aarnio et al., *The Foundation of Legal Reasoning III*, 12 RECHTSTHEORIE 423 (1981). Alexy 自己則在其《法律論證理論》一書中，將法釋學的工作分成三個面向：描述現行有效的法律，並對其進行概念與體系分析，以及對疑難法律案件提出解決建議，參見 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Aufl., 1996, S. 308 f.

根據以上的看法，法釋義學的工作大致包含三個部分：一、法源論：認識哪些規範屬於有效的法律。二、解釋論：探求法律規範的意義內容。三、體系化：形成法律概念之間的位階次序、發現及具體化一般法律原則。簡言之，法釋義學的主要工作可界定為：有效法律的解釋與體系化（the interpretation and systematization of valid laws）。一般所謂的「法學方法」也就是法律解釋與體系化的方法²¹。

法學方法有別於其他法學研究方法（廣義的法學方法）之處，在於法學所具有的重要特質²²：法釋義學**主要**是一門規範性與實踐性的學科（a normative and practical discipline）²³。

法釋義學工作的主要任務是解決規範問題，亦即一個人應該（亦即被允許、要求、或禁止）採取何種行動，或者負有何種權利或義務的問題。然而，有別於其它同樣處理規範問題的規範性學科（例如倫理學或神學），法釋義學是在既定的法律秩序的框架下來解決規範問題²⁴。換言之，法學所要問答的規範問題是：「按照某個法律秩序，法律所要求、允許、禁止者為何？某個人是否有做（或不做）某件事的法律權利或義務？」。

我們將「法律要求／禁止／允許做某件事情 A」或者「X 有做 A 的權利／義務」這種形式的陳述，稱為「法律命題」（propositions of law）。法律命題可以是一般性的，例如「法律允許人民在電臺刊播藥物廣告」，也可以相當具體，例如「袋地承租人張三有權利通過李四所有的鄰地」。法學作

²¹ 關於法源論、法律解釋與體系化作為法釋義學的主要工作，AULIS AARNIO, REASON AND AUTHORITY: A TREATISE ON THE DYNAMIC PARADIGM OF LEGAL DOGMATICS 131-85 (1997); ALEKSANDER PECZENIK, SCIENTIA JURIS: LEGAL DOCTRINE AS KNOWLEDGE OF LAW AND AS A SOURCE OF LAW 14-30 (2005)。德國傳統的法學方法論如前揭註5與註8提及之Larenz與黃茂榮的方法論著作，其重點也都在於法律解釋與體系形成。

²² 如果沒有特別指明，以下的「法學」指的都是狹義的法學，即法釋義學。

²³ 之所以加上「主要」兩字，是要強調法學並不只有規範面向，還具有分析與經驗的面向。關於法學的二個面向，Alexy, (Fn. 20), S. 308。關於經驗面向的深入論述，可見王鵬翔、張永健（2015），〈經驗面向的規範意義：論實證研究在法學中的角色〉，《中研院法學期刊》，17期，頁221-228。

²⁴ Larenz, (Fn. 8), S. 193; Bydlinski, (Fn. 8), S. 9.

為一門規範性學科，其最重要的任務就是判斷或決定法律命題是否成立，而對於有效法律規範的解釋與體系化，最終目的也是為了完成此項任務。

法學作為規範性學科的特性之一在於，法學工作乃是以說理論證的方式，來判斷或決定法律命題的成立與否。尤其當一項法律命題無法直接從明文的法律規定所推衍而出時，說理論證的工作更具有關鍵的重要性²⁵。何種理由與論證形式可以用來證立法律命題，乃是法學方法論的核心議題，本文稍後會再詳加說明。

法學的另一個重要特性在於，它是一門實踐導向的學科。傳統的法釋義學主要是從法官觀點來處理法律上的規範問題。法官的判決結果通常是一個具體的法律命題（例如：「某甲應處三年以下有期徒刑」、「張三應給付李四價金若干」），亦即在個案中法律所要求、禁止或允許者為何²⁶。由於司法判決原則上要受到法律拘束，因此法官主要是透過適用及解釋法律（主要是制定法），來得出並證立在個案中的判決²⁷。法學工作的另一個重要任務，即在於提供協助法官裁判的準則，將解釋與體系化的成果運用於法律適用過程，以證成具體的法律命題²⁸。相應地，傳統的法學方法也就大多聚焦於法律適用與法律解釋的方法。

二、為什麼法學需要一套方法？

在簡要介紹法學（法釋義學）的基本特徵之後，要回答的第二個大哉問是：「為什麼法學需要一套方法？」

²⁵ Alexy, (Fn. 20), S. 17-31.

²⁶ Alexy借用Karl Engisch的術語，將個案判決表述的規範命題稱為「具體的法律應然命題」（konkrete rechtliche Sollensurteile），參見Alexy, Juristische Interpretation, in: Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 71, 79.

²⁷ 關於法律拘束，參考Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 69 f., 112 ff., 175 ff.; Rüßmann, Möglichkeit und Grenzen der Gesetzesbindung, in: Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, S. 135, 135-154.

²⁸ Alexy, (Fn. 20), S. 311.

某種工作的「方法」，非常抽象簡略地說，乃是為了達成此一工作的目標、解決其所要處理的問題，所採取的程序、方式或步驟²⁹。如前所述，法學工作的目標在於判斷或決定究竟什麼是法律所要求、禁止、或允許者；而從法官的觀點來看，法學所要處理的主要問題，則是「如何藉由法律的適用以證成具體個案的法律命題？」。因此，我們可從法律適用的論證結構切入，來了解為什麼法學需要一套方法。

法律適用基本上包括以下的工作：認定事實、找出可資適用的法律規範，再透過一定的論證步驟得到具體個案的法律效果。法律適用最簡單的論證方式，就是眾所熟知的「法學三段論」(juristischer Syllogismus, legal syllogism)：法律規範作為大前提，案件事實為小前提，結論則是具體的法律效果。例如「駕駛汽車闖紅燈者，應處以若干罰鍰（大前提）；某甲開車闖紅燈（小前提）；因此，某甲應處以若干罰鍰（結論）。」

不過，這種簡單的法律適用方式，在現實案例中少之又少。在大部分的法律案件中，案件事實的描述與法律規範的構成要件之間，往往並不完全吻合，從而無法單憑法學三段論得出具體個案的法律效果。

例如，假設案件事實為某甲在電臺刊播藥物廣告，當我們要判斷他是否有這麼做的權利（亦即法律是否允許某甲在電臺刊播藥物廣告，或者說，法律是否禁止國家干預他這麼做）時，可資適用的法律規範是憲法第 11 條保障言論自由的規定。然而，光從「憲法保障人民的言論自由」和「某甲在電臺刊播藥物廣告」這兩個前提，我們仍無法推論出解決個案的具體法律命題「憲法保障某甲在電臺刊播藥物廣告的自由」。這是因為，作為小前提的案件事實描述（「在電臺刊播藥物廣告」），和作為大前提的法律規範所使用的概念（「言論」）之間存有裂縫（Kluft），我們無法確定，究竟在電臺刊播藥物廣告是否屬於憲法所保障的「言論」³⁰。

²⁹ Rödiger, Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1973, S. 6 f. 有趣的是，絕大多數傳統法學方法論著作都沒有說明何謂一套「方法」。

³⁰ 關於「裂縫」的概念，來自 Koch/Rußmann, (Fn. 27), S. 22 ff., 49 ff.

在這個案例中，要推論出具體的法律效果，還必須加入一些額外的前提，來彌補案件事實和法律規範之間的裂縫。例如，加入以下(2)和(3)這兩個前提之後，完整無跳躍的推論可表述為：

- (1) 憲法保障人民發表演論的自由。
- (2) 商業上之意見表達屬於憲法所保障之言論。
- (3) 在電臺刊播藥物廣告屬於商業上之意見表達。
- (4) 甲在電臺刊播藥物廣告。

因此，(5) 憲法保障某甲在電臺刊播藥物廣告的自由。

彌補案件事實與法律規範之間的裂縫，以推論出具體法律效果的論證過程，就是所謂的「涵攝」(Subsumtion)³¹。

在上述論證的前提中，(1)是明文的法律規定，(4)是案件事實的描述，(2)和(3)則是解釋法律的主張(解釋何謂憲法所保障的「言論」)，可稱之為「法律解釋」(Auslegungen des Gesetzes)³²。從(1)再加上(2)與(3)，可以導出「憲法保障人民商業上意見表達的自由」或「憲法保障刊播藥物廣告的自由」等抽象程度較低的一般性法律命題，它們可直接適用至系爭個案，而得到「憲法保障某甲在電臺刊播藥物廣告的自由」的具體結論，倘若沒有加入這些法律解釋作為額外的前提，就導不出這個結論。

以上顯示，在案件事實與法律規範之間存在裂縫時，進行解釋的必要性。但法律解釋(2)和(3)既不是案件事實的描述，也不是明文的法律規定，由此就遇到「為什麼法學需要一套方法」的問題：**我們要如何(=用什麼樣的方法)得到這些法律解釋？什麼樣的理由可以用來支持一個法律解釋？為此，法學需要一套幫助我們得到並證成法律解釋的方法**³³。

³¹ 關於涵攝的結構，Alexy, (Fn. 20), S. 274 ff.; Koch/Rüßmann, (Fn. 27), S. 48 ff.; 王鵬翔(2005)，〈論涵攝的邏輯結構：兼評Larenz的類型理論〉，《成大法學》，9期，頁1-45。

³² Alexy, (Fn. 26), S. 80; Koch/Rüßmann, (Fn. 27), S. 22 ff.

³³ Alexy, (Fn. 26), S. 77 ff.; Alexy, (Fn. 20), S. 288 ff.; Koch/Rüßmann, (Fn. 27), S. 119 ff.

進一步而言，案件事實與法律規範之間的裂縫，往往不只一種填補方式。亦即同一條法律規範，可能存有多個不同的法律解釋。在上述的例子，可以對(1)採取另外一種解釋來填補裂縫：

(2*) 只有與公意形成、信仰表達或追求真理有關的意見才屬於憲法所保障的言論。

(3*) 在電臺刊播藥物廣告與公意形成、信仰表達與追求真理皆無關。

(2*)與(3*)同樣是額外的前提，它們既非法律明文規定，亦非案件事實的描述。但由(2*)與(3*)表述的法律解釋，所證立的是完全相反的法律效果：「甲在電臺刊播藥物廣告的自由並不受憲法所保障」。

由此指向了另一個問題：當不同的法律解釋並存時，我們要如何（＝用什麼樣的方法）決定採取哪一個解釋？什麼樣的理由可以用來支持採取其中一種解釋可能，而不採取其它解釋可能？為此，法學也需要一套在不同的解釋可能性之間作出選擇的方法³⁴。

在傳統方法論中，法律解釋的對象主要（但不限於）包括憲法在內的制定法。更棘手的狀況是，有某些案件可能欠缺可資適用的法律（制定法）規範，但法官仍必須作出決定。例如，假設出賣人故意向買受人宣稱買賣標的物具有實際上不存在之優點，惟出賣人對此一謊稱之優點亦無保證之意思。此種案例無法適用民法第 360 條後半的規定，來得出「買受人有權向出賣人請求不履行之損害賠償」的法律效果，因為「故意宣稱標的物具有實際上不存在之優點」顯然並非「故意不告知物之瑕疵」。

在這樣的情況下，有兩種可能的解決方式³⁵。一種方式是透過反面推論（*argumentum e contrario*），主張系爭案例無法被涵攝至民法第 360 條後

³⁴ Alexy, (Fn. 26), S. 78; 關於解釋的選擇作為法學的重要問題之一，亦見Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, 1979, S. 95 ff.

³⁵ 在1999年民法第227條修正為明文化不完全給付後，也有可能不透過民法第360條之解釋，而以民法第227條之解釋、適用解決此問題。實務上仍依照最高法院77年度第七次民事庭會議決議（最近判決參見最高法院98年度台上字第1811號民事判決、最高法院93年度台上字第695號民事判決），認為不完全給付以嗣後瑕疵為限。

半規定的構成要件之下，從而也無法得出該規定的法律效果。另一種方式則是認為，雖然民法第 360 條後半的規定無法適用，但這乃是「法律（制定法）漏洞」，為了填補這個漏洞，必須創造出一個新的大前提：「出賣人故意宣稱標的物具有實際上不存在之優點者，買受人亦得請求不履行之損害賠償」，將其適用至系爭案例，亦可得到相同的法律效果³⁶。第二種解決方式即傳統法學方法論所稱之「法律續造」（Rechtsfortbildung）的一種：類推適用。

但法律解釋的方法問題也出現在法律續造當中。在上述案例中，填補漏洞的法律命題（「出賣人故意宣稱標的物具有實際上不存在之優點者，買受人亦得請求不履行之損害賠償」）既非明文的法律規定，也無法藉由解釋明文的法律規定（民法第 360 條後半）所得出。那麼，我們要如何（＝用什麼樣的方法）得出這個法律命題？什麼樣的理由可以用來證成它？換言之，在欠缺可資適用的法律規範時，法學還需要一套方法，來幫助我們得到並證成那些填補漏洞的法律命題³⁷。

針對上述為何需要一套法學方法的問題，經濟分析其實都能有所貢獻。以下第參部分將指出，經濟分析不僅能運用至傳統的法律解釋方法以證成法律解釋，效率原則更可成為採取或選擇特定法律解釋的理由，甚至可以用來證成法律續造。但在此之前，讓我們先簡要介紹傳統的法律解釋方法。

三、傳統法學方法概要：以法律解釋方法為中心

德國傳統的法學方法論，通常包括以下幾個部分：法律規範的種類、法律適用的結構、法律解釋、法律續造、以及體系建構。如前所述，這套方法

此見解受到學說批評，參見例如陳自強（2013），〈買賣物之瑕疵債務不履行一般規定之適用〉，《月旦法學雜誌》，214期，頁255（最高法院也曾有不同見解之判決，參見最高法院94年度台上字第1112號民事判決）。本文此處以及下文並不嘗試解決此一爭論，而是以此為方法論的展示，說明如何以經濟分析方法支持對民法第360條採取的目的性擴張的法律解釋。而在實務上，因為謊稱之優點乃類似於自始瑕疵，無法適用民法第227條，所以法官、律師遇此問題，仍須以民法第360條之適切解釋，作為判決基礎。

³⁶ 黃茂榮，前揭註5，頁601-602；Larenz, (Fn. 8), S. 382.

³⁷ Alexy, (Fn. 26), S. 91 f.; Koch/Rüßmann, (Fn. 27), S. 257 ff.

論主要是一套關於法律適用的方法論，由於法律的適用很少不涉及解釋的問題，法律解釋的方法也就成了傳統法學方法論的核心議題。

法律解釋的方法又稱為法律解釋的準則（canones）、判準（Kriterien）或要素（Elemente）³⁸。儘管解釋方法是傳統法學方法論的重心，但關於法律解釋方法的數量、種類及運用順序等問題，方法論學者仍未獲得一致的共識³⁹。不過，向來公認的解釋方法大致都會包括以下四種：文義、歷史、體系、目的⁴⁰。

解釋和論證之間具有密切的關係。如前所述，法律解釋的主要工作，即在於提出理由來支持（或反對）採取某個解釋法律的主張。準此，傳統的法律解釋方法，可被視為用來支持（或反對）採取某個法律解釋的論證形式（Argumentformen）⁴¹：這些解釋方法告訴我們，如何得出法律解釋，以及哪些素材（文義、歷史、體系、目的）可以作為解釋依據。

然而，法律解釋方法並沒有說明：為什麼這些素材可以作為解釋的依據？要如何充實並證成論證形式所需的實質內容？在具體個案中，為什麼要採取某個解釋方法，而不是採取別種論證形式去支持其它可能的解釋？各種解釋方法背後隱含的考量，及其運用方式與順序問題，容後再述。以下四小節先依序介紹上述四種典型的解釋方法：

（一）文義解釋

文義解釋乃是一種語意論證（semantische Argumente），亦即以法律概念的意義或使用方式，來支持或反對某個解釋的論證形式⁴²。它包括了概念

³⁸ Alexy, (Fn. 26), S. 83.

³⁹ 關於這些問題的概述，可見Alexy, (Fn. 20), S. 19 ff.; Koch/Rüßmann, (Fn. 27), S. 166 ff.

⁴⁰ 傳統方法論關於這幾種解釋方法的闡述，可見Larenz, (Fn. 8), S. 320 ff.; Bydliniski, (Fn. 8), S. 436 ff.; 黃茂榮，前揭註5，頁401-437。

⁴¹ 關於解釋方法作為論證形式，見Alexy, (Fn. 20), S. 301; Alexy, (Fn. 26), S. 84. 顏厥安（1998），《法與實踐理性》，頁156-164，臺北：允晨文化。

⁴² Alexy, (Fn. 20), S. 289 ff.; Alexy, (Fn. 26), S. 86; Koch/Rüßmann, (Fn. 27), S. 188 ff.

在日常語言或專業語言的意義，但這兩者時有出入；例如，民法買賣一節中所稱的「危險」，和一般日常用語的「危險」，兩者意思即不相同；刑法所稱的「重傷」也不完全等於通常所稱之「重傷」，而必須依刑法第 10 條第 4 項的定義去理解。

此外必須強調，有些法律專業概念，其文義仍須訴諸或參酌其它專業知識來確定。例如，砍斷他人一手之拇指、食指與中指是否屬於刑法第 278 條第 1 項所稱之「使人受重傷」（亦即刑法第 10 條第 4 項的「毀敗一肢之機能」），需要醫學或生理學的知識。而民法中更有不少需要借助經濟分析工具（如成本效益考量）才能確定其意義的概念，例如民法第 812、813 條於附合、混合問題所稱之「需費過鉅」，以及民法第 788 條於袋地通行開路時所稱之「致通行地損害過鉅」。

語意論證有三種可能結果：基於概念的文義，系爭的案件事實可被涵攝至某條法律規範 N 之下，亦即 N 可適用至該案件；或者，基於概念的文義，系爭的案件事實無法被涵攝至 N 之下，亦即 N 不能適用⁴³。例如，基於「配偶」的文義解釋，被害人之妻屬於民法第 194 條所稱之「配偶」，而得向加害人請求慰撫金；被害人之同居人或未婚妻則不屬於民法第 194 條所稱之「配偶」，因而不得向加害人請求慰撫金⁴⁴。在上述這兩種情況，文義解釋都足以確定具體的法律效果。如果此時仍要作出偏離語意論證的判決（例如，賦予被害人之同居人或未婚妻民法第 194 條的慰撫金請求權），即不再屬於法律解釋，而進入狹義的法律續造的範疇了。

不過，在大部分的情況下，語意論證所能得到的往往是第三種結果：基於概念的文義，系爭案件事實可能被涵攝至某條法律規範 N 之下，也可能無法被涵攝至 N 之下⁴⁵。例如，根據「子女」的文義，非婚生子女可能屬於民法第 194 條所稱之「子女」，也可能不屬之。這種情況多出現於，所要解

⁴³ Alexy, (Fn. 20), S. 290; Alexy, (Fn. 26), S. 86; ; Koch/Rüßmann, (Fn. 27), S. 195 ff.

⁴⁴ 本例來自王澤鑑（2014），《民法總則》，增訂新版，頁165-170，臺北：自刊；亦可見王澤鑑，前揭註5，頁293-294。

⁴⁵ Alexy, (Fn. 26), S. 86; Koch/Rüßmann, (Fn. 27), S. 194 ff.

釋的法律概念其意義模糊、歧義或具不確定性，從而容許多種解釋的可能。例如民法第 373 條所稱之「交付」，其文義可能涵蓋包括指示交付和占有改定在內的所有交付型態，也可能只指現實和簡易交付⁴⁶。

在第三種情況下，文義解釋本身並不足以確定具體的法律效果，而只能指出，在文義範圍內存在數個可能解釋，至於要採取哪一個解釋，則非語意論據所能決定，必須引入其它種類的論證形式後進行抉擇⁴⁷。本文第參部分將會指出，在這種情況下，經濟分析可以作為在不同解釋間如何取捨評價的論證工具。

在此暫且將文義解釋的功能歸納為以下兩點：首先，文義解釋畫定了法律解釋的界限，逾越或違反文義，即非屬法律解釋而是（狹義的）法律續造⁴⁸。其次，文義解釋經常只是法律解釋的出發點，如果文義範圍內有多種解釋可能，就必須透過其它解釋方法才能得到法律解釋的結果⁴⁹。

（二）歷史解釋

歷史解釋是以當初制定法律之立法者的意思為根據的解釋方法。歷史解釋乃是一種起源式的論證（genetische Argumente），它包括以下兩種論證形式：第一種方式是主張，對於法律規範 N 採取某個解釋 I，才符合立法者的意思，因此應該採取 I 這個解釋。第二種方式則是指出：立法者制定 N 所要追求的目的為 Z；若不對 N 採取某個解釋 I，就無法達到 Z 這個目的；因此，應該採取 I 這個解釋⁵⁰。後面這種論證方式是一種目的論證（teleologische Argumente），以立法者的目的為依據的歷史解釋，也可被視為目的解釋的一種類型，即所謂「主觀目的解釋」。

⁴⁶ 原民法第948條所指之善意「受讓」，是否包括指示交付與占有改定，也在2010年修法增訂同條第2項後才釐清。

⁴⁷ Alexy, (Fn. 20), S. 290 f.; Alexy, (Fn. 26), S. 86.

⁴⁸ Larenz, (Fn. 8), S. 323 f. 但必須注意：由於文義的範圍並不總是百分之百明確，因此法律解釋與法律續造之間的界限也未必總是能夠截然劃分。

⁴⁹ Larenz, (Fn. 8), S. 324 ff.; 王澤鑑，前揭註5，頁267。

⁵⁰ Alexy, (Fn. 20), S. 291 ff.; Alexy, (Fn. 26), S. 86.

立法者的意思或目的通常是藉助立法理由、立法草案、立法史與制定經過等文獻資料來探知。歷史解釋常面臨的問題是，歷史資料未必總是能明確呈現立法者的意思或其所欲追求的目的⁵¹；然而，值得注意的是，在某些個別條文的立法理由中，仍可以清楚看到立法者有意採取經濟效率的考量；例如民法第 371 條的立法理由提到「以節勞力」，或者民法第 838 條的修正理由提到「發揮其經濟作用」等等。在這種情況下，採取符合立法者意思或目的之歷史解釋，不可避免地要涉及經濟分析的論證，容後再述⁵²。

（三）體系解釋

體系解釋乃是以維持法律體系的一致性與融貫性作為依據的解釋方法。抽象地說，它包括兩種論證方式。第一種是避免矛盾：如果對某條法律規範 N1 採取解釋 I，會導致與另一條法律規範 N2 相衝突，就不應該採取 I 這個解釋。第二種是追求融貫：如果法律規範 N1 容許有多種解釋可能，即應該盡可能採取和法律體系中其它規範相互一致或相互支持的解釋⁵³。

體系解釋包含許多下位類型。例如，在解釋個別法律規範時，必須注意它在法律體系中的地位以及與其它規範之間的關聯（脈絡關聯性的論據）；相同的法律概念必須盡可能採取相同的解釋方式（概念一致性的論據）；在解釋下位規範時，必須採取符合或實現上位規範的解釋，避免產生牴觸上位規範的結果（法秩序統一性的論據）⁵⁴。

⁵¹ 關於歷史解釋的問題，可見 Alexy, (Fn. 20), S. 293; Larenz, (Fn. 8), S. 328 f.

⁵² 關於民法中所包括之經濟論理之梳理，林俊廷（2014），〈論物之經濟效用解釋：案例事實之類型化分析〉，司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集編輯委員會（編），《司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集：物權與民事法新思維》，頁 463-486，臺北：元照。

⁵³ Alexy, (Fn. 26), S. 86 f.；黃茂榮，前揭註 5，頁 417-418。

⁵⁴ 所謂「符合憲法的解釋」（*verfassungskonforme Auslegung*），因而也可視為體系解釋的一種類型。Alexy, (Fn. 26), S. 86 f. 就將體系解釋區分為八種論證類型：確保一致（*konsistenzsichernd*）、脈絡（*kontextuell*）、概念體系（*begrifflich-systematisch*）、原則（*prinzipien*）、特殊的法學論據（*spezielle juristische Argumente*）、先例（*präjudiziell*）、歷史（*historisch*）、比較法（*komparativ*）。

體系解釋的方法與體系的概念密切相關。德國傳統的法學方法論，將體系區分為兩類：內部體系（das innere System）與外部體系（das äußere System）⁵⁵。外部體系乃是由法律概念的抽象程度位階所形成的體系，簡言之，外部體系是概念的體系。現行民法由「抽象到具體」、「一般到特別」的五編制體例，基本上就是取向於概念位階的體系編纂方式。外部體系的解釋方法，著重於所要解釋的概念在法條編制體例中的前後關聯，以及其在概念體系中的分類次序（例如屬於權利概念中的物權或債權、法律行為中的負擔行為或處分行為）；上述脈絡關聯性與概念一致性的論據，即屬於外部體系的解釋方法。

內部體系的基本想法則認為：法律體系不只是由實證法規範所組成，還包括實證法背後所立基的價值、原則或目的。所謂「內部體系」，乃是取向於法律體系內在的價值判斷與一般原則所形成的價值目的體系（axiologisch-teleologisches System），簡言之，內部體系是原則的體系⁵⁶。內部體系的解釋方法，係訴諸這些價值或原則作為法律解釋的依據，亦即採取某個解釋作為實現法律規範背後之價值或原則的手段，故可稱為「原則論據」（Prinzipienargument）；其基本形式也是一種目的論證，因此亦可歸類至目的解釋之中⁵⁷。

內部體系與外部體系的解釋方法，可能會導致不同結果。例如前述民法第 373 條之「交付」應如何解釋的問題，就外部體系而言，物權法上的交付概念包括民法第 761 條的四種交付類型；但從內部體系來看，以交付作為危險負擔移轉之時點，所要貫徹乃是「利益之所在，危險之所歸」以及「只有

⁵⁵ 關於外部體系與內部體系的體系解釋，可見Kramer, (Fn. 8), S. 89 ff.

⁵⁶ 王澤鑑，前揭註5，頁268-271；黃茂榮，前揭註5，頁749-760；Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 263 ff., 298 ff. 關於傳統方法論的體系概念，可參考兩本代表著作：Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., 1983; Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996.

⁵⁷ Alexy, (Fn. 20), S. 295.

對物有事實上管領力者，始應令其負擔危險」等一般原則，如此一來，民法第 373 條之「交付」即應解釋為僅包括現實交付和簡易交付⁵⁸。

以下本文還會再運用經濟分析方法，探究民法第 373 條之「交付」如何解釋的問題。在此只須先指出，傳統法學方法論可能會從體系的觀點，質疑經濟分析與既有的民法編制體系不相容，或質疑效率是否為法律體系所內含的價值判斷原則，進而否定經濟分析進入體系解釋的可能。對此將於以下第參部分第四節詳論。

（四）目的解釋

目的解釋乃是以法律的規範目的為依據的解釋方法。例如，民法第 190 條第 1 項的「占有人」，其文義可能涵蓋直接占有人、間接占有人、甚至占有輔助人。但考慮到其規範目的在於讓事實上能夠控制、防止動物造成損害之人負責，為了達到這個目的，就必須將該條之「占有人」解釋為「對動物具有事實上管領力之人」，亦即直接占有人與占有輔助人，但不包括間接占有人⁵⁹。

目的解釋的基本論證形式如下⁶⁰：

- (1) 目的 Z 應該被實現。
 - (2) 對法律規範 N 採取解釋 I，有助於實現 Z（或者：如果不採取解釋 I，將無法實現 Z）。
- 因此，(3) 應該採取 I 這個解釋。

目的論證之前提(1)是規範性的前提，Z 代表某個價值、原則、政策目標、或值得實現的狀態。(2)則表述了採取解釋 I 所會帶來的結果：它能夠實現 Z 這個目的。這是一個經驗性的前提，採取 I 這個解釋究竟是否有助於達成 Z，

⁵⁸ 黃茂榮（2002），《買賣法》，5版，頁750-754，臺北：自刊。

⁵⁹ 王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁592-598，臺北：自刊，亦見王澤鑑，前揭註5，頁282-287。

⁶⁰ Alexy, (Fn. 20), S. 297.

需要經驗論證的檢驗⁶¹。因此，目的論證本身就包含了結果考量與經驗面向，要用目的論證來支持某個解釋，就必須指出（或預測）手段和目的之間的因果關聯：採取這個解釋將能導致某個結果，而這個結果正是所欲追求的目的⁶²。

目的解釋的結果考量面向，正是法律解釋方法與經濟分析思維之間的銜接點，容後詳述。在此先簡單指出目的解釋的幾個問題。

首先是目的本身的多樣性。如果 Z 是立法者當初制定規範 N 時想要追求的目的，即屬歷史解釋的一種，亦即所謂「主觀目的解釋」；立法者的主觀目的為何，基本上是立法資料探求的經驗問題。但法學方法論中的目的解釋，通常是所謂「客觀目的解釋」，亦即訴諸法律規範背後立基之原則或目的。要探求這些原則或目的，解釋者必須理解並合理說明，作為解釋對象的規範所要保護的利益或要貫徹的價值判斷為何⁶³。

法律的客觀規範目的，可以是個別規定的具體目的，例如民法第 194 條旨在保護慰藉遺族的精神痛苦，也可能是數個或一組法律規範背後共通的抽象目的⁶⁴；例如，從民法第 190 條第 1 項與第 373 條的解釋問題，或許可以歸納出一條相當抽象的一般原則：標的物之風險（毀損滅失、造成他人傷害等等）基本上應由對物有事實上管領力之人來承擔。又例如，從表見代理、善意取得、債權之表見讓與等制度，可以歸納出維護交易安全之信賴保護原則⁶⁵。抽象程度更高之客觀規範目的，甚至還包括了某個部門法、法律制度或整體法律秩序所要追求的一般目標，例如法律的社會作用、經濟效率與公平正義等等⁶⁶。

⁶¹ Alexy, (Fn. 20), S. 297 f.; Koch/Rüßmann, (Fn. 27), S. 217 ff.

⁶² 王鵬翔、張永健，前揭註23，頁240-243。

⁶³ Alexy, (Fn. 20), S. 296; Larenz, (Fn. 8), S. 333 ff.

⁶⁴ 舉例而言，以民法諸多條文背後共通的規範意旨，論證違章建築應該被當作動產，蘇永欽（2015），〈夏蟲語冰錄（八十七）：違章建築與小產權房〉，《法令月刊》，66卷4期，頁179-188。

⁶⁵ 黃茂榮，前揭註5，頁743-746。

⁶⁶ 王澤鑑，前揭註59，頁576-598；Robert Alexy & Ralf Dreier, *Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany*, in INTERPRETING STATUTES: A COMPARATIVE

但問題在於：要如何得到並證成那些作為解釋依據的客觀規範目的？強調內部體系的傳統方法論學者多半認為，這些規範目的乃是隱含在法律體系的內在價值秩序當中的一般法律原則，他們也提出了一些發現或得出法律原則的方法，例如運用類型、個案歸納、上位價值具體化等⁶⁷。

然而，即便能夠透過這些方法獲得解釋所需要之目的或原則，也不保證目的論證之前提(1)就因此能被證成。換言之，這些方法仍然沒有回答「為什麼某個原則或目的應該獲得實現？」。要回答這個問題，不可避免地要訴諸某些實質論據，來證成解釋所要實現之規範目的或原則（例如上述關於標的物風險負擔分配的一般原則）的合理性或正確性⁶⁸。下文將會指出，經濟分析的效率論據正可視為這類實質論據的一種。

目的解釋之另一個問題在於，同一個（或一組）法律規範 N 企圖實現或可被賦予之目的可能不只一個，而是多個 $Z_1...Z_n$ ；而這些目的可能各自要求對 N 作出不同的解釋，甚至可能彼此互相衝突⁶⁹。例如，通說認為民法物權編關於善意取得的規範目的有二：所有權保障與維護交易安全，因此在解釋善意取得的規定時，擴張或縮減受讓人即時取得所有權之範圍⁷⁰，都必須考量這兩項原則之間如何權衡的問題⁷¹。民事訴訟中，迅速而經濟的裁判和充分的程序保障是往往衝突的兩項原則，同樣需要在具體問題中權衡⁷²。

當數個目的各自支持不同的解釋，彼此競合或相互衝突時，就無法單憑目的論證來決定應該採取哪一種解釋，而必須進一步在這些相關的目的、利

STUDY 73, 88 (Neil MacCormick & Robert Summers eds., 1991).

⁶⁷ Larenz/Canaris, (Fn. 56), S. 290 ff.; 黃茂榮，前揭註5，頁697-749。

⁶⁸ 這種實質論據Alexy稱為「一般實踐論據」(allgemeine praktische Argument)，Alexy, (Fn. 26), S. 89.

⁶⁹ Alexy, (Fn. 20), S. 298 f.; Larenz, (Fn. 8), S. 336 ff.

⁷⁰ 例如，原民法第949條之盜賊、遺失物究為列舉或例示（所有非基於原占有人意思而喪失占有者）規定，在新條文中確認為例示，故更傾向於保護原所有權人。又如原民法第948條之善意，可能包括有重大過失之善意，而在新法中此種重大過失之善意被排除，故更傾向於保護原所有權人。

⁷¹ 王澤鑑，前揭註3，頁87-113。

⁷² 邱聯恭（1996），《程序制度機能論》，頁63，臺北：自刊。

益或原則之間取捨衡量 (trade-off, Abwägung)。以下還會再指出，關於目的、利益或價值之間如何衡量，經濟分析提供了相當有力的論證工具。

(五) 法律解釋方法的問題

運用不同的解釋方法 (或論證形式)，可能會得到不同的解釋結果，從而對同一個法律問題也會有不同的答案。各種解釋方法之間是否有一定的優先順序、以及順序為何，傳統法學方法論迄今仍未有定論。目前比較廣為接受的想法是，各種解釋方法之間並沒有一成不變的絕對位階順序，而只有初步的 (prima facie) 或可推翻的 (defeasible) 優先順序⁷³。

然而，各種解釋方法之間的初步優先順序為何，解釋方法本身無法提供答案。為什麼要採取某種解釋方法、以及解釋方法之間的順序問題，可稱為「後設方法論 (meta-methodology) 的問題」。如前所述，解釋方法作為一種論證形式，並沒有告訴我們採取特定論證形式背後的理由是什麼，但每一種論證形式之所以能被用來支持或反對一個法律解釋，其實都是基於某些價值或原則的考量。解釋方法之間的順序關係，也就取決於這些價值或原則之間的相對比重關係。

例如，採取文義解釋與歷史解釋的理由之一，是為了確保法官受立法者拘束——它表現在不得任意偏離制定法文義與尊重立法者意思；而這個拘束的正當性來自於民主原則與權力分立原則。體系解釋則企圖滿足一致性與融貫性等基本的理性要求，同時也是為了符合禁止恣意的平等原則。至於為什麼應該採取客觀目的解釋，則來自於規範目的本身的實質正確性；特別是當這些目的是關於利益、負擔與資源如何公平分配或有效運用的一般原則時，目的論證的說服力即來自於解釋的結果有助於達成某種公平或有效率的狀態⁷⁴。

⁷³ 關於解釋方法的順序問題：Alexy, (Fn. 20), S. 303 ff.; Alexy, (Fn. 26), S. 89; Koch/Rüßmann, (Fn. 27), S. 176 ff.; Alexy & Dreier, *supra* note 66, at 92-99; Larenz, (Fn. 8), S. 343 ff.

⁷⁴ Alexy, (Fn. 26), S. 90 f.; Alexy & Dreier, *supra* note 66, at 95-99; Koch/Rüßmann, (Fn. 27), S. 179 ff.

由此可見，為什麼要採取某種解釋方法，歸根究底仍是為了實現某些高階的目的、價值或原則，這也是一種目的或結果論證，可稱之為「**關於法律解釋方法的後設目的或結果論證**」（meta-teleological or meta-consequential argument about the methods of legal interpretation）。正如同目的論證中數個目的之間的競合或衝突必須透過衡量來解決，解釋方法的順序問題，同樣也取決於上述那些高階價值或原則之間如何取舍衡量。

例如，一種可能的初步優先順序是基於以下的考量：在其它條件相同（other things being equal）的情況下，比起公平或效率等實質原則，權力分立與民主原則被推定為具有更高的重要性；亦即確保法官受到制定法拘束，基本上優先於作出公平、正確或有效率的判決，因此，文義解釋與歷史解釋相對於客觀目的解釋，具有初步的優先性。再者，相較於立法者的意思，語意論據具有更高的公開性與知悉可能性，基於法安定性與可預測性，文義解釋相對於歷史解釋應該具有初步的優先性。體系解釋則可視為一種中間類型，追求形式上一致無矛盾的外部體系解釋，旨在維持制定法的一貫性，其位階大致相當於文義或歷史解釋；實現法律內含之原則或價值的內部體系解釋，則為目的解釋之一種⁷⁵。

然而，以上只是初步而非絕對不變的順序。在某些情況下，實現公平或效率的決定，可能會比死守法律拘束來得重要，如果有堅強的理由支持目的論證應該優先於語意或歷史論證，則上述的優先順序仍可能被推翻。但究竟在什麼樣的狀況下存在這種堅強的理由，亦即在何種條件下，公平或效率等實質原則會反過來凌駕權力分立與民主原則，解釋方法的初步優先順序無法提供答案，還是必須要再次訴諸價值或原則衡量⁷⁶。

事實上，即便能夠排定解釋方法之間的優先順序（不論是初步或絕對的），依然無法排除各種解釋方法本身的不確定性⁷⁷。如前所述，即便文義

⁷⁵ Alexy, (Fn. 20), S. 305; Alexy, (Fn. 26), S. 90; Koch/Rüßmann, (Fn. 27), S. 182 ff.

⁷⁶ Alexy, (Fn. 20), S. 306 f.; Alexy & Dreier, *supra* note 66, at 98-99; Larenz, (Fn. 8), S. 346.

⁷⁷ 關於解釋方法的不確定性問題，可見 Alexy, (Fn. 20), S. 20 ff.; Koch/Rüßmann, (Fn. 27), S. 166 ff.; Alexy & Dreier, *supra* note 66, at 77-78.

解釋具有初步的優先性，語意論據往往也只能指出在文義範圍內有多種可能解釋。歷史解釋所依據的歷史資料，可能包含紛歧不一的立法意思；體系解釋的內部體系解釋與外部解釋，也可能導致不同的解釋結果；目的解釋更可能由於客觀規範目的之多樣性，而使得同一條法律規範有不同的解釋方式。

因此，真正的關鍵問題或許不在於排定解釋方法的優先順序，而是**在數個可能的法律解釋之間要如何選擇或決定採取哪一個**。傳統法學方法論認為，在進行這種選擇或決定時，不可避免地要涉及評價的問題，亦即必須判斷相競逐的解釋方案孰優孰劣。但關於評價的標準與方式，乃至於此種價值判斷是否有理性證成的可能，方法論學者仍然莫衷一是⁷⁸。下文將會指出，面對法律解釋的選擇評價問題，經濟分析可以提供一套明確的評價標準與決定方法，以作為法律解釋之價值判斷的部分理性基礎。

（六）法律續造

除了法律解釋，傳統法學方法論關注的另一個重點是法律續造。廣義的法律續造包含法律解釋：解釋法律的工作形塑或改變了法律的內容，每個法律解釋的結果，都會產生一條實證法所未明文規定的規範，因此也都屬於法律續造⁷⁹。例如，關於民法第 373 條採取內部體系的解釋，將得到「買賣標的物之利益及危險，除契約另有訂定外，自現實交付或簡易交付時起，均由買受人承受負擔」這條規範。

一般認為，廣義與狹義法律續造的區別在於：後者逾越或違反了法律文義⁸⁰。當某條法律規範依其文義無法適用於某個案型，卻仍要將其法律效果擴張到這個案型之上（例如前述將民法第 360 條後半類推適用至出賣人故

⁷⁸ Alexy, (Fn. 20), S. 23 ff.

⁷⁹ Alexy, (Fn. 26), S. 91.

⁸⁰ Alexy, (Fn. 26), S. 91; Larenz, (Fn. 8), S. 366 ff.; 黃茂榮，前揭註5，頁541-542。如前所述，由於文義的邊緣可能有模糊地帶，因此法律解釋與法律續造未必總是能夠明確區分。例如，將民法第225條第2項之「損害賠償」擴展至徵收補償金，究屬擴張解釋或類推適用。王澤鑑（1996），《民法學說與判例研究第七冊》，頁129-142，臺北：自刊。

意宣稱標的物具有實際上不存在之優點的情況)；或者當某條法律規範依其文義雖可適用至系爭案例，卻仍不予適用以避免其法律效果出現(例如將使本人純獲法律上利益的自己代理排除於民法第 106 條禁止自己代理的適用範圍之外)，此時即非屬法律解釋而是狹義的法律續造。

狹義的法律續造已經超越文義的可能界限，因此顯然不能訴諸語意論據，而必須以其它種類的論據證成。法律續造中最常運用的是目的論證(包括主觀與客觀目的論證)。例如，將民法第 360 條後半類推適用至出賣人故意誇大品質之案例，是為了實現該條規定保護買受人之目的，亦即避免出賣人利用買受人對標的物品質效用的認知錯誤，來誤導買受人締結契約，這乃是一種目的性擴張(teleologische Extension)⁸¹。又如，限縮民法第 106 條使其適用範圍不及於使本人純獲法律上利益之自己代理，則是為了貫徹該條規定保護本人利益之立法意旨，此即所謂「目的性限縮」(teleologische Reduktion)⁸²。

由於狹義的法律續造偏離或違背了文義解釋，法官進行法律續造的許可性也就取決於語意論據和其它論據之間的優先順序，亦即在何種條件下可以運用後者(尤其是目的論據)來推翻語意論據所確定的結果。如同解釋方法的順序問題，這涉及了支持語意論據之民主、權利分立與法安定性等原則，和法律續造背後所要實現的融貫性與內容正確性等原則，兩者之間如何取捨衡量⁸³。

以下本文將指出，經濟分析的成本效益分析如何有助於處理法律續造許可性背後的價值衡量問題。另外值得關切的問題是：效率原則本身是否就能作為某種「規範目的」而成為法律續造的論據？關於效率論據如何經由目的論證之形式而被運用在法律解釋與法律續造當中，將在以下第參部分進一步闡述。

⁸¹ 黃茂榮，前揭註 58，頁 669-672。

⁸² 王澤鑑，前揭註 44，頁 518-523。詳細討論可見王鵬翔(2004)，〈目的性限縮之論證結構〉，《月旦民商法雜誌》，4 期，頁 16-29。

⁸³ Alexy, (Fn. 26), S. 91 f.; Koch/Rüßmann, (Fn. 27), S. 253 ff.

參、經濟分析運用於法律解釋方法

以上第貳部分概述了傳統的法學方法，也約略指出法律解釋方法與經濟分析的可能關聯，接下來將更為系統地闡述這個關聯。首先將說明經濟分析思維如何整合至傳統的法學方法，以運用於法律解釋及法律續造；其次則是在後設方法論的層面，說明如何運用經濟分析方法評價選擇不同的法律解釋，並以之論證法律續造的許可性。

一、語意開放結構引入經濟分析論據

表述法律規範所運用的概念，乃是法律解釋的對象，法律解釋因而常被視為探究概念意義的工作；基於語意論據的文義解釋也因此成為法律解釋的起點。然而，如前所述，訴諸語意論據所能得到的答案往往是不確定的；亦即，依據法律概念的意義，某條法律規範有多種解釋可能，從而無法確定它究竟是否能適用至系爭案例。這種不確定性可稱為「語意的悠遊空間」（semantischer Spielraum）或「文義的開放結構」（open texture）⁸⁴。

語意的開放性來自於概念的結構特徵：歧義（mehrdeutig）、模糊（vague）與評價的開放性（evaluative Offenheit）⁸⁵。歧義性指的是同一個概念在不同的脈絡下可能有不同的意義內涵。例如「處分」這個概念，在民法中有時兼指事實上之處分與法律上之處分（包括負擔行為與處分行為），有時只指涉處分行為。模糊性則是概念的意義或使用方式不足以確定某個案例是否落在這個概念的外延範圍內，例如民法中常出現「重大過失」或「可得而知」的概念，如果沒有進一步予以精確化，很難在具體案件中判斷當事人究竟是否

⁸⁴ 關於語意的悠遊空間，參考Alexy, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 13, 24; Koch, Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht, in: Die juristische Methode im Staatsrecht, 1977, S. 15, 29 ff. 文義的開放結構則見H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 124-36 (Joseph Raz et al. eds., 3d ed. 2012).

⁸⁵ Alexy, (Fn.84), S. 13 ff.; Koch, (Fn. 84), S. 41 ff.; Koch/Rüßmann, (Fn. 27), S. 191 ff.

有重大過失或可得而知。評價的開放性乃是需要透過價值判斷予以填補的概念，例如「善良風俗」或「誠實及信用方法」等。評價上開放的概念，其不確定性來自於價值判斷標準的多元、歧義或模糊；就此而言，它亦可視為歧義或模糊概念的一種。

（一）分離需費過鉅

民法中有不少模糊或不確定法律概念，本身其實就帶有濃厚的經濟意涵，可以直接訴諸成本效益考量等經濟分析論據來精確化其意義。典型的例子是民法第 812 條共有合成物要件中的「非毀損不能分離」與「分離需費過鉅」。就文義而言，任何不到滅失程度之破壞都可稱為「毀損」，單憑日常語言的文義很難確定究竟要到何種程度的破壞才算「非毀損不能分離」。同樣地，究竟分離之費用要到多高才算「過鉅」，若依憑直覺判斷，不免人言言殊。「需費過鉅」的可能文義之一是「以兩位原動產所有人之收入或資產相比，花費實在太多」，但採取這個文義解釋，與物權法極少以物權人個人資產作為衡量單位的作法，格格不入。臺灣、德國教科書中，不是（頂多）僅以舉出一、兩個實例之方式說明此概念⁸⁶，未能對此構成要件提出可以明確操作之標準；就是提出過度嚴格而大可貶議的操作標準⁸⁷。

然而，「非毀損不能分離」與「需費過鉅」這兩個模糊概念，其實可以透過經濟分析的方法予以精確化。我們可利用「分離後兩物之總價」、「合

⁸⁶ 參見Manfred Wolf（著），吳越、李大雪（譯）（2006），《德國物權法》，頁295，臺北：韋伯文化；Fritz Baur、Jürgen F. Baur、Rolf Stürner（著），申卫星、王洪亮（譯）（2006），《德國物權法（下冊）》，頁449，北京：法律出版社；謝在全（2014），《民法物權論（上）》，6版，頁330，臺北：自刊；邱玟惠（2015），《民法物權逐條釋義》，頁90-92，臺北：元照；陳榮傳（2014），《民法物權實用要義》，頁61，臺北：五南。Wiegand, in Staudinger BGB, 2017, § 948 Rn. 4; Herrler, in Palandt BGB, 77. Aufl., 2018, § 948 Rn. 2.

⁸⁷ Fuller, in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2013, § 948 Rn. 3.（如(1)分離所需費用>分離後物品存續利益或(2)分離所需費用>混合物價值，則為分離需費過鉅）。此操作標準的問題在於，若混合物價值為200，若分離則兩物價值各為95，若分離所需費用為189，則按此標準並非需費過鉅。但分離之舉讓物之價值由200變成190，還要花費189，等於是-199的變化。立法者真有可能贊同此種分離？

成物之價格」、「分離之費用」這三個變數作為解釋標準：若分離後兩物之總價低於合成物之價格，則屬「非毀損不能分離」；若分離後兩物之總價與合成物價格之間的差額，低於分離所需之費用，即應解釋為「分離需費過鉅」；因為在上述的情形，分離所耗費之社會成本，皆高於分離所帶來之社會效益，亦即減少社會整體資源，無效率。同樣的成本效益分析也可用於解釋民法第813條關於混合物之「不能識別」或「識別需費過鉅」：除非混合後再分離之兩物，其總價高於混合物之價格，且兩者之差價大於辨識之費用，否則即為「識別需費過鉅」⁸⁸。

（二）償金

除此之外，民法常出現的「償金」、「可歸責」與「可得而知」也是可以引入經濟分析思維的法律概念。以「償金」為例，單就通常的文義而論，凡一方給付另一方大於零元的金錢，都是償金，法院也可以在不同情境下，用不同的標準定義償金。「償金」的文義具有開放性，傳統學說對於償金之計算方式，則或以租金界定，但未提出理由說明為何以租金界定之⁸⁹；或討論償金之性質是損害賠償或補償，但未申論如何計算償金⁹⁰。

從經濟分析的角度來看，應該以市價估算償金，才是能夠促進效率的解釋方式⁹¹。此外，無論是無權使用他人不動產產生之相當於租金之不當得利，或者物權法上造成他人不動產損害產生之賠償責任等，都一概以市價為依

⁸⁸ 張永健（2012），〈附合與混合之經濟分析〉，《月旦民商法雜誌》，36期，頁81-82。

⁸⁹ 參見謝在全，前揭註86，頁210。

⁹⁰ 參見鄭冠宇（2016），《民法物權》，6版，頁272，臺北：新學林。此外，註腳86引用的兩本德國物權法教科書，也都沒有提到越界建築所產生的地租（Rente）應該如何計算。德國的註釋書有認為：以越界時遭占有面積之交易價值為準，鄰地所有人如已有具體興建計畫，得作為提高地租之判斷因素（Roth, in Staudinger BGB, 2016, § 912 Rn. 46-47; Füller, (Fn. 87), § 912 Rn. 31）；也有認為：對鄰地所有人因容忍義務致使用利益喪失之補償（Herrler, (Fn. 86), § 912 Rn. 13）。這兩種見解應該可以解釋為市場租金，但沒有說明為何應採取市場租金。

⁹¹ 張永健（2015），《物權法之經濟分析：所有權（第一冊）》，頁2-3，臺北：元照。

歸。以民法第 796 條第 1 項土地所有人越界建築造成鄰地損害所應支付之償金為例，解釋為鄰地所有權人因土地被越界而無法收取之（最高）租金，因為民法第 796 條第 1 項之「損害」，可認定為越界者利用越界部分土地，對被越界者製造之機會成本，而機會成本則是資源用於某一用途（例如土地被越界建築所利用）而必須放棄的其它可能用途中，價格最高者⁹²。而且，若不以市場租金為計算償金標準，則土地所有權人即可能有誘因假裝成善意越界，賭一個低價使用鄰地的機會；若已超過市場租金為計算標準，則鄰地所有權為獲取超額利潤，就可能明知對方越界但不抗議，以事後換取高額租金。

（三）可歸責與優勢風險承擔理論

民法第 225 條、第 226 條之「可歸責」本來就可以在不同的契約類型中作不同的解釋，不一定要如多數學說一般，一律分為不可抗力、事變、抽象輕過失、具體輕過失、重大過失、故意，並且在有償契約以抽象輕過失作為預設。無名的有償契約，也可能締約人之行業內習慣使用不同的歸責方式⁹³。而具體輕過失與抽象輕過失的通說表述（為自己處理事務同樣注意、善良管理人）更只適用在有為他人處理事務之契約類型，無法用在所有債之問題⁹⁴。把「可歸責」硬套在某種固定的故意過失類型譜中，往往無益於澄清文義，反而像是以空話解釋模糊，疏於真正說理。

針對「可歸責」這樣的模糊法律概念，其實可以透過經濟分析方法所提出的「優勢風險承擔」（superior risk bearer）來建構比較精確的解釋⁹⁵。優勢風險承擔者可能是有能力以低成本預防風險發生者（例如甲級營造廠比地

⁹² 張永健（2013），〈越界建築之經濟分析〉，《中研院法學期刊》，12期，頁176。

⁹³ 與本文採取近似見解，認為「可歸責」不等於「故意過失」，契約和侵權法不需建立相同的歸責原則，參見陳自強（2012），〈契約責任之歸責事由〉，《臺大法學論叢》，41卷1期，頁115-116。

⁹⁴ 張永健（2016），〈購物網站標錯價之合約糾紛與行政管制：經濟分析觀點〉，《政大法學評論》，144期，頁175-176。

⁹⁵ See, e.g., Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83 (1977).

主自建戶更能以購買期貨、訂立遠期契約方式降低國際鋼價波動對營建成本之影響），也可以是能以最低成本分散風險者（例如投保成本較低）⁹⁶。有償契約是雙方互蒙其利才會制定，優勢風險承擔理論可以降低兩造的總成本，使契約產生的淨價值上升，雙方都能獲利。

因此，優勢風險承擔理論的證立基礎，在於（談判力量大致對等的⁹⁷）當事人，若有機會事前約定風險承擔歸屬，也一定會選擇成本最小的風險分擔方式。此即「仿效市場」（mimicking the market）的經濟理論⁹⁸，和契約法中的「多數的預設任意規定」（majoritarian default rule）理論，系出同源。法院透過判決累積清楚具體的優勢風險承擔分配規則，可以引導不清楚哪造成本較低的當事人，依循過去留下的智慧。而法院判決符合市場規律，就節省了日後同種交易的當事人擬定契約的成本（不用費勁排除法院見解）。

進一步言之，是否罷工就一定是事變、地震就一定是不可抗力，因而均構成不可歸責於債務人，也可以再思考。在特定條件下，從事前觀點觀之，罷工、地震也是債務人可以避免的（例如選擇沒有頻繁罷工、地震地區的工廠生產商品）。也因此，在最適風險承擔理論下，債權人最適合承擔風險，則債權人可歸責；債務人最適合承擔風險，則債務人可歸責。民法第 266 條所定「不可歸責於雙方」的情形，應該是例外，唯有在雙方風險承擔能力不分軒輊時，才適用本條。

最後，必須特別強調四點。第一，**契約若已有明文分配風險，自然應尊重當事人選擇**。優勢風險承擔理論是針對契約法預設任意規定的理論，當預設任意規定被當事人特約推翻，優勢風險承擔理論就不適用。當事人可以締約，依照風險類型或任何其他標準，將風險分配給其中一方承擔；當然也可以規定所有契約未明文分派的風險，全部由其中一方承擔。此時，較有能力承擔風險的一方，已經事前從另一方獲得價金補償，則無論此風險被傳統學

⁹⁶ See ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 350-52 (6th ed. 2012).

⁹⁷ 談判力量不對等時的經濟分析，see Omri Ben-Shahar, *A Bargaining Power Theory of Default Rules*, 109 COLUM. L. REV. 396 (2009).

⁹⁸ 關於仿效市場之概念，see Richard A. Posner, *Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations*, 17 *RATIO JURIS* 66, 68 (2004).

說認為是不可抗力還是具體輕過失，都無關緊要——**已經自願選擇承擔風險的一造，必然是可歸責**。私法自治的經濟基礎，正是因為當事人比法官、立法者更瞭解自身的需求與相對優勢。一個好的經濟理論、好的預設任意規定，可以在多數情形導出較有效率的結果；但個案當事人如果以平等地位締約，且雙方均有充分資訊，則當事人特約（即私法自治結果）會更好。

第二，優勢風險承擔理論之作用在幫助法院思考風險如何分派，但契約債務不履行不總是導因於風險實現。學說上所稱之不可抗力與事變，固然多屬此理論意義下之風險；但許多學說上所稱之違反善良管理人義務之行為，並不屬於此理論意義下之風險。例如：颱風將倉庫吹垮導致產品無法及時交貨，是風險；但製造商根本刻意不生產，不是風險。在後者，當然應該論為可歸責於製造商。此結論和優勢風險承擔理論都奠基於成本效益思維——由製造商管好自己的生產流程，比由委託製造者越俎代庖監督生產流程，成本較低。

第三，如導論所言，本文重點在於經濟分析的法學方法定位，對於具體問題的分析僅能點到為止。可歸責應該如何定義⁹⁹，是大哉問，不可能在本文完整處理。優勢風險承擔理論之所以（或是否）優於主觀化或客觀化的交易注意義務違反理論，其實是實證問題——契約法規範是在協助當事人完成交易；如果交易當事人在協商成本夠低時，是以哪一方較能承擔風險而安排歸責事由，則優勢風險承擔理論較優，因為符合交易當事人預期。若多數交易當事人偏好以近似於侵權法的故意過失安排歸責事由，則傳統理論較優。

第四，優勢風險承擔理論在侵權行為法之過失認定亦有適用餘地，亦即以「最低成本之（風險）防避者」（the cheapest cost avoider）作為歸責依據。以德國著名的「野生動物護欄案」為例：原告騎摩托車行經黑森邦的森林道路與野生動物相撞，造成身體多處傷害。該路段雖設有警告標誌，但原告以該邦未於道路設置護欄，有違交通安全義務為由，依德國民法第 823 條第 1

⁹⁹ 臺灣、德國、瑞士、日本、法國、英國、美國如何定義歸責事由，參見陳自強（2011），〈契約過失責任與無過失責任之間：歸責事由的比較法觀察〉，《政大法學評論》，123期，頁1-45。

項，訴請邦政府損害賠償。德國聯邦法院判決原告敗訴，主要理由是野生動物係無主物，邦政府不可能在所有野生動物出沒之路段均設置護欄，樹立警告標誌即為已足，風險應由用路人自行承擔¹⁰⁰。

事實上，如果僅依「過失」之文義（如「怠於盡到注意義務」），很難認定要採取何種措施（設置警告標誌或護欄），才算盡到維護交通安全注意義務，從而也難以判斷未設護欄究竟是否有過失。德國學者 Kötz & Schäfer 即從經濟分析觀點提出明確的解決之道：他們依據實證資料指出，該路段動物相撞事故頻繁（年均 50-60 件），損害金額總額高達 10-12 萬馬克，但設置護欄的成本遠低於此（只需 5 萬馬克）；既然邦政府能以較低成本防範事故之發生，則應由其承擔風險，才是有效率的解決方案，亦即邦政府負有義務設置圍欄，未設圍欄係有過失，而應對因此所生之損害負賠償責任¹⁰¹。

（四）可得而知

「可得而知」也是可以引入經濟分析論據的另一適例。民法有 13 個條文用「可得而知」作為構成要件，條文位置橫跨總則、債編、物權編、親屬編，但「可得而知」的文義相當模糊：花兩分鐘打聽就會變成已知，可以符合「可得而知」；但花兩年打聽才會變成已知，仍然可以符合「可得而知」。畢竟，只要並非不可能知道（統計學家甚至會說世界上只有極低的機率，沒有不可能）或已經知道，都可稱為「可得而知」，此時若不引進法學以外的論述工具，難以判定當事人是否可得而知。

關於這個問題，經濟分析可以從資訊成本與預期效益的比較，來精確界定何謂「可得而知」。以民法第 948 條第 1 項的「因重大過失而不知」為例，買受人要構成可受善意取得制度保護之善意，必須買受人已付出「最適的資訊投資」，而仍認為出賣人有權處分之機率相當高¹⁰²。抽象地說，買受

¹⁰⁰ BGH, NJW 1989, 2808 f. 本案之簡述，亦參見王澤鑑，前揭註 59，頁 340；Möllers, (Fn. 15), S. 340.

¹⁰¹ 詳細論述請見 Kötz/Schäfer, (Fn. 10), S. 5 ff. 此即漢德公式之應用：「若預防成本（B）小於損失金額（L）乘以損失發生機率（P），即屬有過失」。

¹⁰² See William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economics of Legal Disputes over*

人付出之徵信成本，必須高於或等於徵信所引致的預期社會利益。更具體一點，法官可以判斷，標的物售價是否低於新品合理市價太多？若價格明顯過低，買受人懷疑標的物來歷不明，從而詢問、質疑出賣人之徵信成本就很低。買受人若是專業採購者，通常徵信成本較低。在標的物性質不特別適合（或業內交易習慣沒有採取）指示交付或占有改定，而出賣人提出或堅持使用此種觀念交付方式時，買受人應該會產生合理懷疑，進而徵信。所以，若價格顯著低於市價、買受人以收購同類物為業、擬制交付之選擇不合常理，買受人是善意有重大過失的可能性即上升。

（五）小結

文義解釋固然是法律解釋的起點，也劃定了法律解釋的範圍。但從以上「需費過鉅」、「償金」、「可得而知」等模糊的法律概念可以看出，在語意的開放結構中，文義（尤其是日常語言的意義）本身並不足以確定這些概念應作何種解釋，此時若堅持停留在單純文義解釋的層面，更易陷入不確定性與無預測可能性，引入經濟分析思維作為解釋工具，反而比較能夠精確界定這些概念的意義內涵，有助於提高法安定性與可預測性¹⁰³。

論者或謂：以上數例並非傳統的文義解釋；因語意開放空間而存在多種解釋可能時，應該由其它解釋方法（例如目的解釋）來接手，而非直接將經濟分析當作「第五種」解釋方法。然而，正如第貳部分第三節第一小節介紹文義解釋時曾經指出，有不少法律專業概念，其文義解釋必須訴諸法律以外的專業知識來確定其意義內涵（例如需要生理學知識來理解何謂刑法所稱「毀敗一肢之機能」，但我們並不會將訴諸生理學的解釋當成一種獨立的解釋方法），上述這些具有經濟意涵的不確定法律概念，正是需要引進經濟分析才能精確化其文義內涵的概念。退一步而言，即便將文義解釋侷限於只能

the Ownership of Works of Art and Other Collectibles, in *ESSAYS IN THE ECONOMICS OF THE ARTS* 177, 190-91 (Victor Ginsburgh & Pierre-Michel Menger eds., 1996).

¹⁰³ 關於經濟分析可以精確化概括條款與不確定法律概念，可見Ladeur, (Fn. 11), S. 91 f.; Möllers, (Fn. 15), S. 185.

訴諸日常語言或（狹義的）法學專業使用方式的語意論證，亦無礙於將上述諸例歸類為一種目的解釋，亦即以促進經濟效率為目的之解釋論證，對此將於以下第三節詳論。

二、歷史解釋中的經濟考量

民法在 1930 年前後制定時，各條留下立法理由。債編、物權編、親屬編、繼承編在 2000 年前後分批、多次修正時，也都留下修法理由；甚至歷次會議紀錄的逐字稿彙編為數十巨冊。有意進行歷史解釋者，在民法不缺材料。不過，1930 年代科學化的經濟學尚未興起，當時的立法者，或許不太可能認識到現代經濟分析的效率概念，諸多經濟學家的思想體系也不一定能放在同一套經濟學架構下論述¹⁰⁴。

然而，我們不能因此認為歷史解釋就沒有經濟分析的一席之地。事實上，由個別條文立法、修法理由來看，不少條文都蘊含了立法者的效率考量。例如：民法第 371 條規定買賣之價金應於標之物之交付處所交付之，其立法理由乃是「以節勞力」；民法第 824 條關於共有物分割方法的立法理由提到「省費」；民法第 838 條規定地上權得讓與或設定抵押權的修法理由提到「發揮其經濟作用」；民法第 876 條法定地上權之修正理由則明白表示「避免拍定後建築物無從利用土地致拆除之結果，有害社會經濟發展」。由此可見，採取成本效益分析的經濟論證來解釋這些法律規定，或許才真正符合立法者意思或更能夠達成立法目的¹⁰⁵。就此而言，仍不容忽視經濟分析在歷史解釋中所能發揮的作用¹⁰⁶。

¹⁰⁴ 但當時立法者同樣也不可能認識 1970 年代出現的羅爾斯正義論與德沃金的資源平等觀。

¹⁰⁵ 參與債編與物權編修法的學者，不乏國內經濟分析的先驅，如蘇永欽教授、謝哲勝教授。若說至少部分條文的立法者有寓含經濟效率於其內，恐怕也不是非分之想。

¹⁰⁶ 關於經濟分析作為歷史解釋方法或者主觀目的解釋，可參考 Kirchner/Koch, (Fn. 11), S. 111 f.; Grundmann, (Fn. 11), S. 432 ff.; Lieth, (Fn. 11), S. 97 f.

依據此種富有效率考量的歷史解釋，在解釋諸如民法第 876 條時，就有超越文義解釋，甚至進行法律續造的空間。第 876 條之適用，以土地與建築物「同屬於一人所有」為前提；但解釋上是否有擴張適用到非同屬於一人所有之情境¹⁰⁷？在臺灣市面上的靈骨塔位交易契約（例如「金寶山金寶塔金寶座」的訂購契約），有約定靈骨塔建物的應有部分移轉給購買之消費者，但靈骨塔開發商保有土地所有權。若有塔位尚未完全售出，靈骨塔開發商可能保有建物的部分應有部分。但無論開發商是否有建物部分應有部分，都很難認為土地與建築物「同屬於一人所有」。

而且，在此等靈骨塔位交易契約中，並未約定靈骨塔有使用土地之地上權。若靈骨塔開發商將土地設定抵押權，而土地又嗣後被拍賣，一直被蒙在鼓裡的靈骨塔位消費者，能否聯合起來，向法院主張有法定地上權存在？按照文義解釋，恐怕構成要件不符。按照歷史解釋，未免靈骨塔遭拆除，減損社會總財富，故法院有將「同屬於一人所有」擴張解釋或甚至超越文義進行法律續造之空間。當然，任何時候土地上之建築物被土地所有權人逼迫拆除，都會造成減損社會財富之結果；但「同屬於一人所有」的構成要件，卻不應該完全成為具文。更完整、但必須俟諸他文的經濟分析，還會由目的解釋探討如果擴張解釋民法第 876 條給予法定地上權，是否會造成土地所有權人和建築物所有權人分別或聯合的策略行為。

三、經濟分析作為目的論證方法

到目前為止的討論，經濟分析要進入法律解釋的管道在於，具有開放結構的法律概念本身帶有經濟意涵，可以引入經濟分析方法來精確化其內涵；或者立法理由本身就含有成本效益考量的因素，亦即立法目的本身就在於促進效率。然而，並非每一個有待解釋的法律概念，其語意內涵都需要訴諸經濟分析來界定；立法理由中明白包含效率考量的法律規範，也是少數。經濟

¹⁰⁷ 更詳細探討靈骨塔交易契約的各種難題，參見張永健、吳從周（2019），〈逝者的公寓大廈：靈骨塔的契約與物權安排問題〉，《臺大法學論叢》，48卷4期（即將出刊）。

分析要整合到法學方法，更重要且一般性的途徑，是透過目的論證之形式進入法律解釋與法律續造的說理過程。這包括兩種運用方式：第一，效率作為法律解釋或法律續造所要實現的規範目的，或者以效率考量來證成某些規範目的之合理性；第二、經濟分析的效率判斷可以用來取捨衡量相衝突之目的價值。

（一）結果導向與目的論證

一般認為，經濟分析方法與傳統法釋義學最大不同之處在於，經濟分析屬於結果導向（*Folgenorientierung*）的思維方式。這種思維方式是一種事前（*ex ante*）觀點：它著眼於適用、解釋、制定法律所會帶來的效果，並從這些效果來評估應該採取何種法律措施，包括如何適用、解釋某項法律規範，以及應否制定、修正某項法律規範¹⁰⁸。

確切地說，結果導向的思維方式包括兩個部分：結果預測（採取某個法律措施會導致何種結果）與結果評價（評價所導致的結果好壞與否）¹⁰⁹。完整的結果導向論證是由兩個前提所組成：

(C1) 採取某個措施 M 會導致某個結果 F。

(C2) 結果 F 是好的（或者：(C2'）結果 F 是不好的）。

因此，應該採取 M（或者：應該不採取 M）¹¹⁰。

由此觀之，經濟分析提供了一套完整的結果導向概念與論證工具。首先，從經濟分析的角度來看，所謂「好的」結果指的是效率或社會福祉的提昇。其次，根據經濟學（不論是古典經濟學中理性自利的經濟人（*homo oeconomicus*）或是當代的行為經濟學）的行為模式，經濟分析可以推估採取

¹⁰⁸ Eidenmüller, (Fn. 10), S. 1 ff.

¹⁰⁹ Eidenmüller, (Fn. 10), S. 3, 397 ff.; Schäfer/Ott, (Fn. 10), S. 4 ff.; van Aaken, (Fn. 10), S. 169 ff.

¹¹⁰ 王鵬翔、張永健，前揭註23，頁242-243。

某項法律措施會對行為人（受規範者）所造成的反應或影響，從而預測此項措施會導致何種結果¹¹¹。

如前所述，經濟分析的結果導向思考通常是事前觀點，傳統法釋義學則主要是從法官觀點來解決法律上的規範問題，而法官觀點經常被認為是一種事後（*ex post*）觀點：法官著眼的是已經發生的案件，在既定的法律秩序之下要如何適用法律來解決；至於適用或解釋法律的結果預測與結果評估，通常不被認為是法官需要考慮的事情，而是立法者的工作¹¹²。

然而，只要稍微觀察一下目的論證的結構就可以發現，將法釋義學的觀點完全化約為事後觀點，並不恰當。目的論證之一般結構可以刻畫如下：

(T1) 目的 Z 應該被實現。

(T2) 採取某個措施 M（例如，採取某個法律解釋、進行某種法律續造或制定某項法律規範），有助於實現 Z。

因此，應該採取 M 這個措施。

可以看出，目的論證和結果導向的論證其實具有相同的結構，只不過大小前提的順序相反。如前所述，目的論證的(T2)是個經驗性的前提，亦即採取措施 M 會導致實現 Z 的結果，這相當於結果論證中的前提(C1)。目的論證的大前提(T1)則相當於結果論證的前提(C2)，只不過它是用「應該」的概念來表述對於結果的正面評價，亦即 Z 是個好的結果，從而應該實現 Z¹¹³。

因此，法學方法經常運用之目的論證——不論是目的解釋或是法律續造之目的性擴張與目的性限縮——其實都包含了結果考量的前提：對於某項法律規範採取某個解釋、類推適用或限縮適用，能夠導致某個好的結果，亦即實現某個值得追求的規範目的。與一般的結果論證略有不同之處，或許僅在

¹¹¹ Eidenmüller, (Fn. 10), S. 4 ff.; Schäfer/Ott, (Fn. 10), S. 11 ff.; Ott/Schäfer, (Fn. 10), S. 217 ff.; Kirchner/Koch, (Fn. 11), S. 114 ff.

¹¹² Eidenmüller, (Fn. 10), S. 1 ff.

¹¹³ 王鵬翔、張永健，前揭註23，頁243。

於法學方法中的目的論證已對某個結果預先作出正面評價，並將其設定為法律解釋與法律續造所應追求之規範目的¹¹⁴。

(二) 效率目的論證

如此一來，經濟分析的效率論證可以輕易地轉化為目的論證之形式，並運用於法律解釋與法律續造，運用經濟分析之目的解釋方法，包含了經驗層面的結果評估，以及規範層面之目的設定¹¹⁵。誠如王澤鑑教授所言：「經濟效率乃在評估法律適用對於資源配置的影響，應可納入法律目的解釋，而與其他解釋方法共同協力，以實現法律的規範意旨」¹¹⁶。

經濟分析所設定的抽象規範目的是效率。如果採取某個法律解釋或進行某種法律續造能夠達到提昇效率的目的，那麼就應該採取這個法律解釋或進行此種法律續造。就此而言，效率可以作為證成法律解釋或法律續造的理由：如果同一條法律規範（或同一個法律概念）有多種解釋可能並存時，那麼應該採取最能夠提昇效率的解釋；為了促進效率，有時可以或甚至必須擴張或限縮法律規範的適用範圍¹¹⁷。

¹¹⁴ 關於目的論證與結果考量的問題，另參考Koch/Rübmann, (Fn. 27), S. 221 ff. 請注意：在此只是強調，經濟分析的效率原則可以作為目的論證之一種形式進入法律解釋與法律續造，並非主張凡是目的論證就一定是經濟效率的思考方式。此外，此處之目的論證沒有任何形上學的意涵，本文所理解之「目的論」，乃是以行為所產生的好處或利益（goods），來界定行為之正當或應當與否的理論，see JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 21-23 (Revised ed. 1999)。按照這種理解方式，結果取向的經濟分析理論也可視為具有目的論之結構，JOHN BROOME, WEIGHING GOODS: EQUALITY, UNCERTAINTY AND TIME 6-16 (1991)。

¹¹⁵ Möllers, (Fn. 15), S. 181.

¹¹⁶ 王澤鑑，前揭註3，頁25，另亦參見張永健，前揭註91，頁2-3。

¹¹⁷ 關於效率導向的法律解釋與法律續造，參考Eidenmüller, (Fn. 10), S. 450; Lieth, (Fn. 11), S. 96 ff.; Kirchner/Koch, (Fn. 11), S. 121 ff.; Ott, Allokationseffizienz, Rechtsdogmatik und Rechtsprechung - die immanente ökonomische Rationalität des Zivilrechts, in: Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1989, S. 25, 38 ff.

1. 何謂效率？

如前所述，效率是經濟分析用來評價結果優劣的核心標準，它也是經濟分析式法律論證的主要實質理由。但就像「正義」這個抽象概念底下容有各種不同的正義觀（conceptions of justice）¹¹⁸，如何判斷效率也有幾種不同的標準。常見的效率判斷標準大致有四種，簡述如下¹¹⁹：

第一、帕雷多效率（Pareto Efficiency）：若採取某項措施可以增加一些人的福祉，卻沒有人的福祉因而受到減損——亦即「有人受益但無人受害」——則採取這項措施所導致的狀態，比起不採取這項措施是更好的；此即所謂「帕雷多改善」（Pareto Improvement）或「帕雷多優越」（Pareto Superior）。如果無法改善一人或多人之福祉，卻不減損他人之福祉，則此狀態稱為「帕雷多最適」（Pareto Optimality）。

第二、Kaldor-Hicks 效率標準：即便採取某些措施會導致有人受益而某些人受害，但只要總社會利益（或邊際利益）高於總社會成本（或邊際成本），且受益者「有可能」補償受害者即可，不以實際上有補償為要件。Kaldor-Hicks 效率標準是藉由比較採取或不採取某個措施——例如是否制定某項法律、選擇某個法律解釋而不採取其他解釋可能——所導致之不同狀態下的成本效益總和，來評判兩種狀態之優劣。

第三、配置效率（allocative efficiency）：這個判斷標準關切的是資源是否流動到最能利用者之手中。「人盡其才、地盡其利、物暢其用、貨暢其流」就蘊含了配置效率的想法。配置效率與 Kaldor-Hicks 效率的想法其實殊途同歸，兩者均未要求受益者（較能利用資源者）補貼受害者（較不能利用資源者），只要受益者所得多於受害者所損，即為有效率。

第四、生產效率（productive efficiency）：亦即以最少成本製造出最多產出。生產效率和配置效率同樣可以用來比較兩種狀態的優劣（何者較能夠促成資源有效利用、何者較能降低成本、製造更多產出）。至少在物權法的

¹¹⁸ 關於正義的概念與不同的正義觀，see Hart, *supra* note 84, at 159-65.

¹¹⁹ 關於幾種效率判斷標準的介紹，Eidenmüller, (Fn. 10), S. 47 ff.; Schäfer/Ott, (Fn. 10), S. 13 ff.

領域中，配置效率與生產效率可以結合為單一的效率標準，亦即採取某項法律措施應該盡量壓低阻礙資源有效配置的交易成本與資訊成本，直到實施該措施的邊際社會成本高於其邊際社會利益為止。

本文下一節將進一步區分「一階效率」與「二階效率」，以配置效率與生產效率作為一階效率標準，帕雷多效率與 Kaldor-Hicks 效率作為二階效率標準，再以上文所舉的幾個例子來說明，如何將效率論證透過目的論證之形式運用於法律解釋與法律續造。

2. 袋地通行權之目的性擴張

首先是目的性擴張（類推適用）的例子。在民法物權編修正增訂第 800 條之 1 的準用規定之前，學說和實務即以促進土地使用效益為由，主張將民法第 787 條袋地所有人之鄰地通行權類推適用至承租人或其他利用權人。最高法院 79 年度第 2 次民事庭會議決議即明白表示，民法創設鄰地通行權之目的，「原為發揮袋地之利用價值，使地盡其利增進社會經濟之公益目的……從而鄰地通行權……於其他土地利用權人相互間（包括承租人、使用借貸人在內），亦應援用『相類似之案件，應為相同處理』之法理，為之補充解釋，以求貫徹」。由此段文字可以清楚看出，民法第 787 條的類推適用，乃是為了提昇資源配置效率，達到更有效利用袋地之目的，而將該條之鄰地通行權擴張至其他土地利用權人亦得享有。

面對上述問題，最高法院使用傳統法學方法論的作法，先認定法律漏洞之存在（袋地之土地所有權人有鄰地通行權，承租人或使用借貸人等其他利用權人則無），再以類推適用的方式（就使用袋地的規範目的認定其他利用權人類似於土地所有權人）來填補漏洞¹²⁰。但事實上，類推適用民法第 787

¹²⁰ 請比較蘇永欽教授之論點：袋地通行權乃不動產役權，需役與供役者均為土地，而實際能享受者，乃有權合法使用需役地者。因此，不獨所有權人，用益物權人與承租人等自然都可以通行，因此並無漏洞可言，蘇永欽（1999），〈相鄰關係在民法上的幾個主要問題〉，民法研究會（編），《民法研究2：民法研究會實錄》，頁15，臺北：學林。本文認為，不論有無漏洞，支持鄰地通行權包含土地之用益物權人與債權人，其背後的論據都是提昇資源配置效率的考量。針對傳統法學方法以漏洞概念來界定法律續造的批評，參考Koch/Rüßmann, (Fn. 27), S. 523

條的論證重點，並不在於袋地承租人或使用借貸人與所有權人兩者之間到底具有何種「類似性」：從外部體系的觀點來看，債權人如承租人或使用借貸人，與物權人如所有權人或地上權人，兩者法律地位可謂天差地遠，何來「相同」或「相似」可言？然而，類似性必須由目的來認定，從經濟分析的觀點，重點是評估：比起只讓法條明示之所有權人享有鄰地通行權，讓袋地之用益物權人、承租人、使用借貸人等其他土地利用權人也享有鄰地通行權，是否能讓土地資源獲得更有效利用的結果？答案顯然是肯定的。允許其他土地利用權人都通行鄰地，是否對鄰地造成額外損害，若有額外損害，是否大到使得袋地通行增進的地利相形見绌？若答案為否，容許其他土地利用權人享有鄰地通行權，較有效率。**這個配置效率提昇的結果評估，才是扣緊解釋目的，支持擴張民法第 787 條鄰地通行權的關鍵理由。**最高法院的決議，套用了傳統法學方法的論證模式，甚至提出了屬於一階效率範疇的目的，但沒有完整展開分析。

3. 交付之限縮解釋

第二個例子則是民法第 373 條之「交付」應該如何解釋的問題：包括民法第 761 條全部四種交付型態？抑或只包括現實交付和簡易交付？如前所述，對於該條之目的（或內部體系）解釋是：為了貫徹「利益之所在，危險之所歸」的抽象原則，以及為了避免讓對標的物無事實上管領力之人出乎意料地承擔標的物毀損滅失之風險，因此應將民法第 373 條之「交付」解釋為只包括現實交付與簡易交付，但若契約當事人依該條但書合意以指示交付或占有改定以代交付者，則另當別論¹²¹。

然而，倘若追問：何以享受利益或對標的物有事實上管領力者即應承擔危險？許多法律人的直覺答案可能是：這種風險分配方式比較公平，若未直接占有標的物而無法享受利益者，卻要其承擔危險，並不公平。但若繼續追

ff.

¹²¹ 黃茂榮，前揭註 58，頁 748-750。

問，如何判斷風險分配或危險負擔移轉方式是否公平？恐怕不少法律人即在此打住而無法進一步回答。

如果暫且擱置何謂公平的大哉問（這當然絕非不值得回答的問題），經濟分析倒是可以從降低風險防範成本的觀點，來合理回答為何要對民法第373條採取上述之目的解釋。透過現實或簡易交付，取得標之物之直接占有而享有利益之買受人，固然會由於不想喪失其已享有之利益而有誘因去防止危險之發生；但以指示交付或占有改定而取得擬制占有之買受人，同樣也會因為不想喪失其可期待享有之利益，而有防止危險發生之動機。兩者之關鍵差別，在於控制風險的能力高低：一般而言，相較於對物沒有事實上管領力者，直接占有人比較能夠有效防止危險之發生，故由其負擔危險，最能減少風險實現之機率。

由此可以聯結至前述之優勢風險承擔理論¹²²。從經濟分析的角度來看，所謂「較有能力控制風險者」，是能夠以較低成本預防風險發生者。透過直接交付取得事實上管領力之買受人，通常能以較低的成本採取防止危險發生之措施。相較之下，以觀念交付方式而僅取得擬制占有之買受人，由於對標之物無事實上之管領力，若令其負擔危險，則其為了防止危險之發生，勢必投入較多的成本。因此，按照前述契約法預設任意規定（default rule）之經濟理論¹²³，將民法第373條之「交付」解釋為只指現實交付與簡易交付，不包括占有改定與指示交付，才能降低兩造為防止危險發生投入之總成本，使契約產生的淨值上升。此種解釋之好處是，原則上事實上管領力與危險負擔結合。而若兩者不一致，必然出自於當事人有意識的特約之結果，亦即當事人仍可用該條但書採取不同的風險分擔方式，另外明白約定採用指示交付或占有改定以代交付。

¹²² 關於優勢風險承擔理論在德國契約法的運用，亦參考Schäfer/Ott, (Fn. 10), S. 442 ff.

¹²³ 同樣運用契約法預設任意規定經濟理論，探討保證契約能否繼承問題，參見黃詩淳、張永健（2019），〈「一身專屬性」之理論建構：以保證契約之繼承為重心〉，《中研院法學期刊》，25期，頁285-291。

4. 瑕疵擔保責任之類推適用

同樣與風險負擔設計有關的是第三個例子：民法第 360 條後半類推適用至出賣人故意宣稱標的物具有不存在之優點的案型¹²⁴。「誇大優點」與「隱匿瑕疵」之相似性，在於兩者都可能利用買受人對標的物品質效用之認知錯誤，來誤導其締結契約。而這其實可以從資訊成本的角度分析之。

眾所皆知，適用民法第 359 條與第 360 條的法律效果差異在於：依照前者通常可以解除契約，至少可以減少價金；依照後者，買受人尚有請求履行利益損害賠償之權。前者是雙方各自負擔部分風險的設計；後者則是出賣人負擔全部風險。

詳言之，解除契約是回到原點，出賣人沒有獲得他的生產者剩餘（producer surplus），買受人沒有獲得其消費者剩餘（consumer surplus），而這些是原本其締結契約所欲賺得之利潤。而減少價金若是依照瑕疵品的市場價值與無瑕品的市場價值相減，買受人沒有獲得全部的預期消費者剩餘（expected consumer surplus），但仍有部分消費者剩餘（否則，除非有第 359 條但書情形，或者出賣人賴皮或可能無力償還全部價金，買受人會選擇解除契約）。而出賣人以較低的價格脫手瑕疵品，不一定使其生產者剩餘降低，要看個案而定。精明的買受人認知到此點，就可以會傾向主張解除契約，迫使出賣人與其協商談判，從而分享其部分生產者剩餘給買受人。

但如果在減少價金情形，法院會以低於瑕疵品市場價值的價格，衡量返還價金之數額，則買受人仍很可能不會獲得全部的預期消費者剩餘（否則，一開始買受人就會選擇購買瑕疵品），而出賣人的生產者剩餘也會比其預期生產者剩餘低。如此，雙方就各自負擔部分風險。

請求履行利益之情形，在買受人可以舉證的範圍內，買受人可能因為獲得履行利益損害賠償而留下全部的預期消費者剩餘。而除非原本出賣人的預期生產者剩餘大於買受人的預期消費者剩餘，否則出賣人一毛沒賺還要倒

¹²⁴ 黃茂榮，前揭註 58，頁 453-455。

賠。準此，買受人很可能不用承擔任何風險，出賣人則承擔了全部買受人的風險。

釐清了民法第 359 條與第 360 條的風險負擔設計後，即可進一步理解，為何出賣人有保證品質和故意不告知瑕疵時，要讓出賣人負擔全部之風險。簡言之，關鍵在於資訊成本與交易成本。任一買賣標的物都有多個面向的通常品質與效用（例如蘋果的外皮顏色、水分含量、質地口感、甜度、大小），而現代社會中的職業出賣人（如蘋果大盤商或市場攤販）都大量出賣。出賣人要逐一檢查每個標的物之品質與效用，成本很高，也不一定可行（果販不可能每顆蘋果咬一口確定口感後出賣）。甚至，要跟每個客戶逐一約定標的物的通常品質與效用，也所費不貲。從果農到終端的果販，只能藉由蘋果上的標籤註明的品種號碼，傳達此類蘋果的平均品質與效用；而無論是學理上或現實上，在一定標準差（standard deviation）內的品質與效用，都是民法第 354 條的「通常效用」。

所以，出賣人只會在能負擔的成本範圍內，作販售前的檢查。這對買受人也有利，無限制地檢查，會讓產品售價上升，甚至讓出賣人無以為繼，只能退出市場，使買受人無處可買。但檢查瑕疵的邊際效用遞減，在作了一定程度的檢查後，更多的查核發現瑕疵的機率越來越低。對買賣雙方都合理的作法是，作了一定的瑕疵品管後，先賣再說，真有問題，就雙方各退一步，各承擔一部分的損失。整體而言，最能降低產銷過程中的成本，使消費者能用較低價格買得產品。因此，民法第 359 條的基礎預設任意規定，就是雙方各負擔一部分風險。

民法第 360 條規範之情形，有所不同。出賣人保證產品品質，則表示出賣人已經在眾多品質面向中，特別查核了部分或全部的品質面向，確認無誤；或者出於行銷考量，即使沒有實際查核品質，也願意承擔全部風險。出賣人必須藉由自願承擔更多風險，以取信於消費者。否則，如果有無保證品質，都是解除契約或減少價金，則出賣人必然競相保證品質，但消費者仍舊無所適從。是以，如果民法的預設任意規定缺乏了類似民法第 360 條之規定，有意「放訊」（signal）自家的產品品質高人一等的出賣人，也必須以特約方

式加入此等增加出賣人風險的條款。民法第 360 條之規定，因此是「多數的預設任意規定」，降低了交易成本。

至於出賣人故意不告知瑕疵而適用民法第 360 條之論理，略有不同。瑕疵已經為出賣人所知，表示出賣人無須進一步花費成本，就已經獲得有價值資訊。換言之，課予此等出賣人較高的風險負擔責任，並不會促使其花費額外資源獲取資訊，因為資訊已經存在。此外，此種以瑕疵品為標的之交易，容易引起後續糾紛，衍生出更多社會成本。而若瑕疵未被發現，出賣人等於獲取額外高額利潤，若不加以嚇阻，會導致存僥倖之心者投注時間在（無效率的）騙人勾當。因此，民法的預設任意規定課予較高的風險分擔責任，以維持市場秩序。

最後，回到原本的問題：出賣人故意宣稱標的物不存在的品質，是否應類推適用民法第 360 條？其背後的經濟推論與故意不告知瑕疵的情形類似。出賣人本來就已經掌握資訊，知曉標的物並無此等品質，故課予其較高的風險負擔，並不會耗費額外蒐集資訊之成本。尤其在買賣雙方資訊不對稱的情況下，出賣人通常比買受人更清楚標的物之品質如何，或至少能以更低的資訊成本得知標的物之品質為何。換言之，在此同樣可以運用「最低成本的風險防避者」的考量，來說明何以出賣人故意宣稱不存在之優點要與故意不告知瑕疵負同樣責任。而誇大不實的說詞，同樣容易引來後續糾紛；且若不嚇阻，會吸引投機者成為出賣人。因此，出賣人故意宣稱標的物不存在的品質，應當類推適用民法第 360 條¹²⁵。

¹²⁵ 關於資訊落差及最低成本防避者在法律中的例子，亦見 Möllers, (Fn. 15), S. 189. 不過，仍請注意此問題在立法論與解釋論的不同。在嚴格意義的解釋論下，出賣人故意宣稱標的物不存在的品質，只有類推適用民法第 360 條，和回歸適用民法第 359 條兩種選擇，因為現行買賣法缺乏第三種處理模式（民法第 364 條情形不同，暫且不論）。但在作立法論研究時，出賣人故意宣稱標的物不存在的品質，出賣人故意不告知瑕疵，和標的物缺乏保證之品質，可以作不同的處理，例如劃定不同範圍的履行利益（有些只補償所受損害、有些也補償所失利益；或其他標準）。

(三) 解決目的競合之效率考量

上一節說明：以效率為基礎的經濟分析論證，可以透過目的論證之形式，進入法律解釋與法律續造；效率同時也可用來說明，為什麼要實現某些規範目的（例如契約法中的風險分擔設計）。誠然，效率並非唯一之規範目的（但由本文第參部分第四節第二小節可知，效率至少是規範目的之一）；但即便效率並非某個目的解釋所要直接實現之規範目的，效率考量仍可在目的論證中扮演重要角色——除了判斷採取哪個法律措施能夠以更低的成本達成規範目的之外，效率論證亦有助於精確地解決目的競合或衝突的問題。

從上述結果取向與目的解釋之關聯可以看出，目的論證中之「目的」，不外乎是某個好的或值得實現之狀態。我們可將目的之實現視為某種利益——不論是個人或整體社會的利益。但目的之實現通常不是全有或全無，而有實現程度高低之別。我們可以借用 Alexy 的術語，將規範目的看作是某種原則或價值，將目的論證之大前提「應該實現某個目的 Z」理解為一種「最適化要求」（Optimierungsgebote, optimization requirements，或譯「最佳化要求」或「盡力實現之誡命」）：亦即應該以盡可能高的程度來實現某個或某組目的、原則或價值¹²⁶。如此一來，只要稍作轉換，經濟分析的效率判斷標準即可用以解決目的競合之問題。

1. 一階效率與二階效率

首先，「最適」（optimality）是經濟學廣泛運用的概念，和 Alexy 的用法也不謀而合。只要所欲追求之目的大於一個，達成「最適化要求」就必然隱含著權衡（trade-off）或法律人慣稱之利益衡量（也就是狹義的比例原則）

¹²⁶ 此乃 Alexy 原則理論（Prinzipientheorie）的核心主張，原被用來刻畫基本權利的規範結構與解決基本權利相衝突的衡量問題，見 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 75 ff. 中文文獻請參考王鵬翔（2005），〈論基本權的規範結構〉，《臺大法學論叢》，34卷2期，頁11-28。關於規範目的之實現作為最佳化要求，則見 Robert Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, 13 *RATIO JURIS* 294, 300-01 (2000); van Aaken, (Fn. 10), S. 154, 315 ff.

¹²⁷：即使法律人置單純的金錢／預算花費於不顧，也常常必須權衡無法兼得之複數權利或多種可欲目的，而實踐、保護任何目的（或權利）都必然有機會成本。實現某個目的，通常也會對其它目的之實現造成負面影響，或導致犧牲其它目的之負面效果；此時就不得不比較實現目的所帶來的效益及其所造成的機會成本。

最適化要求乃是原則的一般性特徵，即便是效率以外的法律原則或價值，同樣具有最適化要求的規範結構。因此，在追求公平正義等原則之最適實現時，若碰到目的競合而需進行衡量，仍不免以利益衡量方式來決定各目的所欲實現之程度。換言之，即使論者不考慮效率，只追求公平正義，在目的競合時仍必須引入經濟分析的核心思維方式。如果認為效率以外的法律原則或規範價值如公平正義，本來就內建了利益衡量的思維（例如採取效益論的正義觀），則效率與公平正義之爭，很大部分就只是語詞之爭、標籤之爭，而非實質分析方式的根本差異，這是因為最適化要求本來就是任何原則或價值的實現方式，而最適化要求無法避免作成本效益分析。

由此可以進一步區分**一階效率**（Effizienz erster Ordnung）與**二階效率**（Effizienz zweiter Ordnung）。所謂「**一階效率**」乃是直接作為**實質規範目的之效率**，尤其是**資源配置效率與生產效率**。在法律解釋中以效率作為目的解釋之規範目標，通常就是採用一階效率之概念。**二階效率**則是**權衡解決目的（原則、價值、利益）衝突之效率考量——亦即最適化或最大化實現一組可能相衝突之目的**¹²⁸。帕雷多效率即可作為一種二階效率標準，來刻畫最適化要求的部分內涵：關於兩個目的 Z1 與 Z2，若能在 Z1 保持同樣實現程度的前提下，讓 Z2 獲得更高程度的實現，即屬帕雷多優越。

然而，若要更高地實現 Z2 就必須犧牲 Z1 為代價，即已達到帕雷多最適狀態。但如果 Z1 的實踐並非完全不能打折扣（譬如因為 Z1 和 Z2 為抽象

¹²⁷ 最適化要求蘊含了比例原則，乃是 Alexy 原則理論的定理，Alexy 本人除了自承適當性與必要性原則表達了帕雷多最適的想法（Alexy, *supra* note 126, at 298），也運用了一些簡單的經濟學概念來刻畫衡量的說理結構，詳見 Alexy, (Fn. 126), S. 100 ff., 145 ff.

¹²⁸ 關於一階效率與二階效率的用語，來自於 van Aaken, (Fn. 10), S. 190 ff.

位階相同之規範目的或原則），法律體系應該儘量追求 Z1 和 Z2（共同）最大程度的實現，法律人就必須作前述的利益衡量。實現 Z2 的好處或重要性是否大於 Z1 所受之損害，或足以彌補 Z1 之犧牲。最適化多重目的之利益衡量，正是前述 Kaldor-Hicks 效率標準，其本質為成本效益分析（cost-benefit analysis）¹²⁹。

進一步抽象言之，以 Kaldor-Hicks 作為二階效率標準來更精確地理解此種目的衝突之利益衡量，會採取如下論證架構：假設目的 Z1 要求採取某個解釋 I1，目的 Z2 要求採取另一個解釋 I2，但採取其中一種解釋必然會減損另一個目的之實現，此時究竟要選擇何種解釋，即須比較「採取解釋 I1」與「採取解釋 I2」這兩個選項的成本效益總和：在前者的狀態，雖能實現 Z1，但必須付出減損 Z2 實現程度的成本；在後者的狀態，雖可實現 Z2，但必須以犧牲 Z1 為代價（換言之，Z1 和 Z2 互為對方之機會成本）。按照 Kaldor-Hicks 標準，即應選擇成本效益總和更高的解釋選項¹³⁰。

2. 以二階效率思考目的競合

法律解釋與續造經常涉及目的或利益衡量，在傳統方法論多有提及¹³¹。本小節以物權法定主義為例，具體說明如何運用二階效率的思維處理目的競合問題。

1929 年民法立法時，第 757 條規定「物權，除本法或其他法律有規定外，不得創設」，立法理由特別指出「……物權，有極強之效力，得對抗一

¹²⁹ Alexy 曾提出一條衡量法則（Abwägungsgesetz）來刻畫利益衡量的說理結構：「對相衝突的原則 P1 與 P2 而言，若 P1 不被實現或被侵害的程度越高，則 P2 實現的重要性就必須隨之越高。」Alexy, (Fn. 126), S. 146。衡量法則背後的想法是：若要正當化對於某項原則 P1 的限制或干預，亦即優先實現相衝突的原則 P2，則後者獲得實現的利益或重要性必須大過前者所受的損害。這顯然仍與 Kaldor-Hicks 效率若合符節，換言之，狹義比例原則仍不脫經濟效率的思維模式。

¹³⁰ 值得強調者，目的 Z1 的成本效益與目的 Z2 的成本效益，必然牽涉到權重（weights）配置（例如建立基本權價值在個案中的優先順序，將各種目的之重要性排序），因此當然是規範論證、價值取捨。但此種法律論證活動的規範性，並不意味著此種論證全無實然分析之空間。

¹³¹ 例如，王澤鑑，前揭註 5，頁 282-287；Larenz, (Fn. 8), S. 404 ff.

般之人，若許其以契約或依習慣創設之，有害公益實甚，故不許創設……」。由此可知，民事財產法中最被標舉的「私法自治」原則，在創設新物權類型時，與（內涵不明的）「公益」發生衝突，而 1929 年的立法者決定讓前者退讓。

到了 2009 年，新民法第 757 條轉而規定「物權除依法律或習慣外，不得創設」。80 年風水輪流轉，立法者當初認為習慣創設物權有害公益實甚，現在則認為「為確保交易安全及以所有權之完全性為基礎所建立之物權體系及其特性，物權法定主義仍有維持之必要，然為免過於僵化，妨礙社會之發展，若新物權秩序法律未及補充時，自應許習慣予以填補，故習慣形成之新物權，若明確合理，無違物權法定主意存立之旨趣，能依一定之公示方法予以公示者，法律應予承認，以促進社會之經濟發展，並維護法秩序之安定」（民法第 757 條修正理由參照）。從修正理由推測，與私法自治原則衝突的規範目的是「交易安全」，而立法者認為，在競合之目的間取得平衡點的方式是承認明確合理、可以公示的習慣物權。

若法律解釋者可以使用經濟分析方法，找出淨利益最高的習慣物權制度條件，就可以在維持一定交易安全的前提下，儘量擴大私法自治的範疇。換言之，若法律解釋者對「明確合理」、「得以公示」採取寬鬆主觀歷史解釋，則大量新物權類型的效力會被承認，私法自治範疇擴大，但交易安全受到威脅。反之，若採取非常嚴格的主觀歷史解釋，則沒有任何習慣被認為可以創設物權類型，交易安全無虞，但私法自治受到侷限。折衷是儒家文化提倡的取徑，也是法學學術、實務界頻繁採取的立場。但從經濟分析觀點，折衷方案不當然是最大化（maximize）、最適化（optimize）的解決辦法；有時，「不折衷」的方案（數學、經濟學稱之為「角解」（corner solution））可能才是最佳方案。1929 年版的民法第 757 條就可以看成一個角解，完全犧牲私法自治，著重於公益、交易安全。

限於篇幅，也因為此問題的相關經濟分析論述甚多，本文不具體論述如何以經濟分析方法取捨物權法定主義之目的競合問題。本文所欲論述的重點是：其他的分析工具，並未提供目的競合時的分析指引。不斷折衷並不當然

讓法律解釋完成「最適化要求」的誠命。經濟分析一以貫之的成本效益分析工具，則可以幫助法律解釋者作清晰的推論。

3. 二階效率作為衡量方法不會使得效率變成唯一價值

本文以二階效率作為權衡目的競合的後設方法，和本文主張一階效率不是法律唯一的價值，並無衝突。以二階效率解決目的衝突，不會排除其他價值。事實上，帕雷多與 Kaldor-Hicks 判準所表述的二階效率，可以與各種實質目的或價值相容，因為二階效率只是一種形式理性的要求：亦即在權衡相競合之目的或價值時，應追求其整體之最適或最大實現¹³²。

茲以動產所有權善意取得為例：如王澤鑑教授所言，此問題「涉及到二個民法上的基本利益或價值：一為所有權的保護，一為交易安全。¹³³」因為有此種目的衝突，民法第 948 條到第 951 條反覆在保護原占有人和受讓人之間拉扯。如果由經濟分析著手，則認為善意取得制度還應該增進一階的配置效率，也就是保護較能利用系爭物之人¹³⁴。在傳統民法方法論底下，並不著眼於促進配置效率。但即令傳統民法方法論不保護一階效率，仍需處理目的衝突問題。二階效率的思維，是認為所有權保護與交易安全都值得追求，但注定不可能同時完美追求兩者，所以必須權衡。如果非常保護所有權，將大大有害交易安全，就應該不要這麼保護所有權。反之，如果執著於保護交易安全到底，將使所有權保護喪失殆盡，就應該讓交易安全稍稍退讓。

二階效率不是用以評價所有權的保護、交易安全兩種目的是否正當，而是在既有法律解釋方法面臨多重目的競合衝突時，權衡利弊得失，以做出最妥適的目的解釋結論。此外，即使是一階效率（資源配置與生產效率）的目的解釋，也不會抹殺其他價值理論（公平、正義、自由、分配等等）作為目的解釋之正當性，而是提出效率觀點作為可參酌的解釋目的之一，亦即成為

¹³² 關於二階效率作為法律決策程序的理性要求，可見 van Aaken, (Fn. 10), S. 19, 288-315.

¹³³ 王澤鑑，前揭註3，頁597。

¹³⁴ 參見張永健（2017），〈動產所有權善意取得之經濟分析〉，《中研院法學期刊》，21期，頁94-101。

權衡天平上的一個砝碼。進一步言之，二階效率（帕雷多與 Kaldor-Hicks 效率標準）作為衡量方法，企圖使相競合之數個目的都能獲得最佳實現，反而才是全盤考量不同價值或目的之整全作法。

無論是一階效率或二階效率——至少是本文所主張者——都不主張要「不認真對待權利」（not taking rights seriously）。一階效率有時是和權利論述彼此競爭的價值¹³⁵，有時則可作為證成特定權利的理由¹³⁶；而二階效率是剖析保護一階效率與保護權利的代價，並進行權衡。換言之，二階效率以各種規範論述的歧異解釋結論為前提。二階效率可能因為保護某種權利的代價太過於慘烈（例如以另一個權利、或以一階效率為代價），而主張只給予極少保護，甚至不保護，但那是權衡的結論，而非自始（a priori）否定該權利的正當性¹³⁷。再就權利衝突之解決而言，以二階效率作為衡量方法，追求相競合權利之最適實現，反而才是最能有效兼顧的作法。

由此可知，即使論者不贊成本文所言，將一階效率當成民法追求的其中一個目的，也不可能反對二階效率的思維。多重目的之權衡，是民法學本來就有的思維工具，只是之前此種權衡沒有以二階效率的概念表述而已¹³⁸。

那麼，如果立法者明確採取反對效率的立場，效率是否還能作為後設方法？此處仍應區分一階效率和二階效率。從立法過程、甚至法律文字，確實有可能看出立法者不在意一階效率，而在乎其他價值的立法意圖。此時，自然難以透過文義解釋和歷史解釋引入一階效率。然而，作為後設方法的是二

¹³⁵ 請注意，效率和公平正義的觀點不總是得出不同的結論。本文所舉的民法問題實例，刻意選擇經濟分析與傳統方法獲得同樣結論者，即為適例。

¹³⁶ 例如私有財產權的保護是為了達到整體經濟資源的有效配置，見 Alexy, Individuelle Rechte und kollektive Güter, in: Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 232, 244 ff.

¹³⁷ 為強調權利保護的重要性，則在衡量權利與效率時，可以賦予權利的初步優先性（prima facie Vorrang），亦即在個案中主張增進效率凌駕權利保護者，必須負擔極高的論證責任，關於此種解決方式，見 Alexy, (Fn. 136), S. 257 ff. 事實上，也有法律經濟分析學者認為，為了保護某些極高價值的法益，也有可能以犧牲（一階）效率為代價，見 Ott/Schäfer, (Fn. 10), S. 219.

¹³⁸ 例如，Möllers, (Fn. 15), S. 185 即指出，Kaldor-Hicks 效率可作為衡量的標準。

階效率，很難想像立法者會明示或暗示不接受二階效率；但如果立法者真的明確採取此種立場，反而可能違憲。

由此亦可回應，經濟分析忽略立法者的評價或背離憲法價值秩序的質疑¹³⁹。一階效率固然不是唯一的立法目的，甚至也不是憲法明文揭櫫的價值。但憲法比例原則要求，達成同樣立法目的之兩種手段若適合性相同，必須採取造成損害較小者。如果達成立法目的之好處，小於其壞處，則違反衡平性而不得採取。這正是二階效率的思維。更抽象言之，反對二階效率，即意謂明明國家可以不花更多代價而更保護基本權利卻不為之，或者明明國家可以不減損立法目的之追求而少侵害基本權利卻不為之。立法者無論是抽象立法原則或具體的立法政策，均不得忽視二階效率。總而言之，立法者可以反對一階效率（雖然這不明智），但不能不採取二階效率（因為這違反憲法的比例原則要求¹⁴⁰）。

四、經濟分析與體系解釋

經濟分析要整合至傳統法學方法會碰到的最大障礙，可能出現在體系解釋的部分。如前所述，雖然「體系解釋」是個相當混雜的概念，包含數種不同的論證形式，惟其共同點皆在於追求法律體系的一致性與融貫性。就高度體系化的民法領域，經濟分析的批判者可能會認為：在個別案件或針對個別法律規範採取以提昇效率為目的之經濟分析解釋方法，將會破壞民法體系的一致性或一貫性¹⁴¹。

¹³⁹ 關於此一質疑，可見Möllers, (Fn. 15), S. 183 f.; Müller, *Ökonomische Theorie des Rechts*, in: *Neue Theorien des Rechts*, 2006, S. 323, 343 f.

¹⁴⁰ 關於憲法比例原則和效率關連之進一步分析，參見戴昕、張永健（2018），〈比例原則還是成本收益分析？：法學方法的批判性重構〉，《中外法學》，30卷6期，頁1522-1538。

¹⁴¹ 關於體系性的批評，以及經濟分析如何能夠融入法釋義學體系建構之深入闡述，可參考Tontrup, (Fn. 11), S. 42 ff., 86 ff.

（一）外部體系一致性的批評

然而，基於體系的批評是否以及在多大範圍內能夠成立，跟體系的概念與功能相關。如前所述，德國主流的法學方法論將「體系」區分為內部體系與外部體系。外部體系是由概念位階所形成的體系，而運用經濟分析的法律解釋或法律續造，可能突破外部體系造成概念使用的不一致。例如前述關於民法第 373 條「交付」的解釋導致與第 761 條的「交付」概念不同；或者民法第 787 條之類推適用將使得債權人（如袋地之承租人或使用借貸人）亦得享有物權法上之鄰地通行權，有違債物二分體制。

不過，這種批評並不只針對經濟分析，其實同樣適用於傳統法學方法的目的論證——亦即為了實現某個規範目的（即便不是效率）而可能影響外部體系的一致性。但當代以評價法學為主流的法學方法論，多不將概念一致性視為絕對的要求，例如王澤鑑教授即認為法律概念具有相對性，「法律體系上的地位，僅為解釋法律的一項方法，並非絕對」¹⁴²。

惟此一批評若要成立，仍需著眼於外部體系的功能：首先，概念形成的作用在於儲藏價值共識，減輕思維的工作負擔；其次，由概念位階所構成之外部體系，具有較高的可綜覽性，便利法官找法及用法，有助於提昇裁判之可預見性與法安定性¹⁴³。可以清楚看出，外部體系的功用仍可從效率觀點來理解：法律概念的儲藏價值功能，可以讓適用法律者不必每次都重新進行價值衡量的工作，有助於降低決策成本；體系編纂的便利性，則能大幅減低法官尋找可適用法律過程中的搜尋成本¹⁴⁴。

因此，真正的問題在於：經濟效率取向的法律解釋是否會阻礙外部體系發揮其作用？答案應該是否定的。將經濟分析整合至文義、歷史、目的解釋

¹⁴² 王澤鑑，前揭註5，頁270。

¹⁴³ 黃茂榮，前揭註5，頁84-94、697-698；AULIS AARNIO, *ESSAYS ON THE DOCTRINAL STUDY OF LAW* 177 (2011).

¹⁴⁴ 關於外部體系的效率，可見蘇永欽（2008），《尋找新民法》，頁17-18，臺北：元照。另參見熊秉元（2015），《正義的效益：一場法學與經濟學的思辨之旅》，頁206-207，臺北：商周（「社科法學可以說是教義法學的基礎，而教義法學可以說是社科法學的簡寫或速記」）。

當中，並未動搖到外部體系的基本結構（例如民法五編制與法律行為的抽象概念體系）。經濟分析取向的解釋，仍然是以構成外部體系基本要素的法律概念作為解釋對象。

再者，經濟分析取向的法律解釋，具有補充外部體系的功能：

首先，即便概念具有儲藏價值的功能，也非一勞永逸，從此毋需再考量價值問題。由於情事變更或立法者的疏忽等種種因素，法律概念可能過分抽象化而有過度涵蓋（overinclusive）的問題（例如上述民法第 373 條之「交付」與第 106 條之自己代理），也可能因過分具體化而有涵蓋不足（underinclusive）的問題（例如上述民法第 360 條後半無法包括故意誇大品質的案型、民法第 787 條僅限於袋地所有權人而不及於使用人）¹⁴⁵。此時若過分執著於概念使用的一致性，反而有礙於某些價值之貫徹或甚至有價值判斷失衡之虞。上節例示以效率為目的之法律解釋與法律續造，以及解決目的競合之效率考量，正是用來調整概念涵蓋範圍過廣或過狹，以最適化實現概念背後之價值的作法。

其次，並非所有法律概念都已完備地儲藏價值。如前所述，許多具有語意開放結構的不確定法律概念，在適用時都還是必須進行一定的價值判斷¹⁴⁶，當這些價值判斷涉及成本效益分析（例如上述之「償金」、「需費過鉅」、「可歸責」等）時，引入經濟分析的解釋工具作為評價標準，才能真正充實這些概念的評價內涵。

（二）內部體系的批評：效率是外在價值嗎？

目的解釋是經濟分析進入法學方法的主要渠道，但來自於內部體系的批評則質疑效率作為規範目的之正當性。這個批評認為，法律適用、解釋與續

¹⁴⁵ 關於概念之過度抽象化與過度具體化問題，可見黃茂榮，前揭註5，頁97-128。

¹⁴⁶ 傳統法學方法論的代表者Larenz將這種概念稱為「類型」，見Larenz, (Fn. 8), S. 460 ff. 對於類型論的批評，請參考王鵬翔，前揭註31，頁32-41。

造之目的或評價標準，必須是內在於法律體系的價值或原則，但效率只是一種外在價值，而非法律體系的內在目的¹⁴⁷。

從二階效率的角度來看，如果法律原則的規範結構乃是最適化要求，則任何法律原則的適用都內建了效率的要素。但上述內部體系的批評，所質疑的是（一階）效率本身是否有資格作為法律原則，亦即在法律解釋或續造中訴諸效率作為規範目的之問題¹⁴⁸。

針對內部體系的批評，首先必須指出，法律體系的「內在」價值或原則，其實是個需要釐清的概念。所謂「內在」原則，有幾種可能的理解方式：

第一種是透過法律的明文規定，將某些價值或原則轉化為實證法規範安置於法律體系當中。典型的例子是德國基本法中包含了民主、平等、自由、法治國與社會國等原則，或像公平交易法第 1 條規定，明白揭示維護交易秩序與消費者利益、確保自由與公平競爭等競爭法基本原則。但若是以這種方式來理解何謂「內在」原則，則除了公序良俗與誠信原則之外，現行民法典大概沒有安置多少法律原則在其中¹⁴⁹。

當傳統法學方法論談及法律體系的內在價值或原則時，通常是以另一種方式來理解何謂「內在」原則：所謂法律體系的內在原則，乃是從數個不同但有類似意旨的具體法律規定，所抽象歸納得出的一般性原則。例如，從表見代理、善意取得、表見讓與等規定可歸納出一條共通原則：「為維護交易安全，必須保護第三人對由真正權利人或本人所造成之表見事實的信賴」¹⁵⁰；

¹⁴⁷ 但請比較雷磊（2015），〈法教义学的基本立场〉，《中外法学》，27卷1期，頁204。雷磊承繼Alexy關於法律體系開放性的看法，認為法教（釋）義學同樣不可避免引入社科知識與價值判斷。

¹⁴⁸ 此項質疑，可見Kramer, (Fn. 8), 255 ff.。惟在此仍須區分普遍（global）與部門的（lokal）的法律原則：前者是適用於整體法律秩序的基本原則，後者則是在特定法領域中發揮指導作用的原則，Eidenmüller, (Fn. 10), S. 464。為簡化討論，在此僅關注效率是否可作為民事財產法的法律原則。

¹⁴⁹ 主張法律是人們所能達成的最低共識，但認為法教義學與價值判斷必須二分，且外部的價值判斷在一定條件下可以循著法教義學的連結點進入法律解釋，許德風（2008），〈论法教义学与价值判断〉，《中外法学》，20卷2期，頁174。

¹⁵⁰ 黃茂榮，前揭註5，頁745。

或如前所述，從民法第 190 條第 1 項與第 373 條之解釋，可以得出「標的物之風險應由對標的物有事實上管領力之人來承擔」的抽象原則。

這種從數個實證法規定抽象得出法律原則的方式，傳統法學方法論常稱之為「歸納法」（Induktion）¹⁵¹。但這是相當不準確的說法：所謂歸納法，乃是觀察反覆出現的相同現象以得到普遍性通則的方法（例如觀察上百或上千隻天鵝後歸納得出「所有的天鵝都是白的」），但法學方法論的「歸納法」則是由區區幾個條文規定就可得出一般性的原則。再者，由歸納法得到之普遍通則具有經驗上的否證可能性（只要找到一隻黑天鵝，則「所有天鵝都是白的」這個陳述即被證偽），而一條法律原則即便常有反例，在某些個案中會與其它原則相衝突而必須退讓，也不會因此就無效或失去其法律拘束力（例如，雖然所有權保護有時勝過維護交易安全，也不會使得後者失去法律原則的地位）¹⁵²。

姑且不論「歸納法」這個用語是否妥當，它其實只是用來發現或獲得一般法律原則的一種啟迪式（heuristic）方法；即便所謂「內在」原則乃是由歸納法所得到，但法學的「歸納法」本身並未說明：這些內在原則之規範性或合理性從何而來？它們與作為「歸納」基礎的具體法律規定之間的關聯為何？

傳統法學方法論通常訴諸一些更抽象的原則或上位價值來回答第一個問題，亦即內在原則乃是某些上位價值的具體化，後者可以證成前者，所謂「內部體系」乃是由上位價值或原則的逐步具體化所形成之位階秩序¹⁵³。倘若如此，從這一點正可以論證，效率原則仍然是民法的「內在」價值或原則：

¹⁵¹ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 97 ff.; 黃茂榮，前揭註5，頁655-656、681-683。

¹⁵² Larenz亦承認將此種方式稱為「歸納」會造成誤解，見Larenz, (Fn. 8), S. 384 ff. 關於法律原則的特性，則可參考Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 177, 182 ff.

¹⁵³ 黃茂榮，前揭註5，頁724、753-754；Larenz/Canaris, (Fn. 56), S. 302 ff.; Canaris, (Fn. 56), S. 46 ff.; Canaris, (Fn. 151), S. 106 ff.

大多數民事財產法原則都可視為效率原則之具體化，或可藉由效率來說明其合理性何在¹⁵⁴。

以信賴保護原則為例，為何信賴應予保護，黃茂榮教授認為：「因為以自己之行為引起他人善意之信賴者，倘他人因該信賴而有損害發生，該引起信賴者，比該信賴者較能防止該損害發生」¹⁵⁵。這顯然與優勢風險承擔理論相通：亦即引起信賴者通常能夠以較低成本來防止或控制損害之發生。同樣地，如前所述，為何標的物之風險應由對其有事實上管領力之人來承擔，也可以由降低風險防範成本的觀點來證成。

事實上，民法中的過失責任與危險責任等歸責原則，均涉及損害風險的分配與損害預防的成本問題，基本上都可以訴諸效率原則予以證成¹⁵⁶，也都是優勢風險承擔理論最能發揮之處，此在第參部分第一節討論「可歸責」的解釋問題時已有詳論。法律經濟分析中知名之漢德公式（Learned Hand Formula），即透過比較加害人所需投入預防成本與被害人可能損失之價值，來判斷侵權行為為法之過失。漢德公式已為民法權威王澤鑑教授採納為判斷過失之考慮因素¹⁵⁷。

危險責任屬於損害與風險之分配或分散問題。依王澤鑑教授之見，危險責任之歸責理由在於：一般而言，僅持有或經營具有危險之物品、設施或活動之人（或企業）能夠控制危險，而因危險責任所生之損害賠償，得經由商品服務之價格機能及保險制度予分散，是故依「享受利益者，應負擔責任」之正義要求，課予其無過失責任¹⁵⁸。本文之前曾指出：何以正義要求「享受利益者也需負擔危險責任」，並不容易回答。但從優勢風險承擔理論可以合理地說明危險責任制度之意旨何在：危險來源之製造者，能夠以較低成本來控制或分散危險，故令其負擔責任，是減少危險發生之有效率方式。

¹⁵⁴ Ott, (Fn. 117), S. 28 ff.; Eidenmüller, (Fn. 10), S. 467 ff. 稱之為「同一性命題」（Identitätsthese）。

¹⁵⁵ 黃茂榮，前揭註5，頁745。

¹⁵⁶ Ott, (Fn. 117), S. 28 f.; Schäfer/Ott, (Fn. 10), S. 181 ff.

¹⁵⁷ 王澤鑑，前揭註59，頁337-340。

¹⁵⁸ 王澤鑑，前揭註59，頁15，亦見黃茂榮，前揭註5，頁731-733。

即便不從優勢風險承擔理論著眼，從經濟分析的觀點來看，信賴保護原則亦與資訊成本問題密切相關。蓋若不對第三人之善意信賴予以保護，則其必將耗費更多資訊成本，以查證與其交易之相對人究竟是否為真正權利人或有關代理人，從而有礙交易之迅速有效進行；因此，信賴保護之目的，乃是為了節省資訊成本，亦即盡可能最小化交易成本以提昇資源配置效率¹⁵⁹。

至於物權法定原則，其主要理由也是降低資訊成本¹⁶⁰：物權自由會大大增加市場上交易者之資訊成本，動產或不動產若帶有各式內容之物權，就需要耗費更多時間去探知理解；理解物權習慣之誕生，關鍵亦在於資訊成本¹⁶¹。同理，法定性與明確性原則也與成本問題相關：法律的不安定或不明確，將導致資訊成本或決策成本的增加¹⁶²。

作為民法核心基礎的私法自治原則，同樣建立在經濟分析的理論基礎之上：理性自利的行為人，在自由市場中透過自願交易，自主決定彼此間的私法關係，能使勞力與資本等資源配置效率最大化，乃是民法學與經濟學的共通常識¹⁶³。較有疑問者，為保護無行為能力與限制行為能力人（例如未成年人保護原則）是否構成效率原則之反例。

對無行為能力與限制行為能力人之保護，雖然限制了交易自由，但其並非與效率相對立，反而是有效率之民法制度的必要前提：法律行為之當事人必須有充分自主決定能力，才能真正確保交易之有效率。當然，現行制度以年齡作為區分當事人是否具備完全行為能力之標準，在某些個案中可能減損效率，因為某些未成年人或許已具有充分的識別決定能力。然而，若行為能力之有無，完全繫諸個別當事人之識別能力，反而會提昇交易之風險與成本。這同樣可以資訊成本的角度來理解：進行交易的當事人需要簡單明確的一般性標準來判斷相對人之行為能力，倘若沒有這樣的標準，就需要花費不少資訊成本去確定相對人是否的確具有行為能力，而以年齡為標準來區別行為能

¹⁵⁹ Ott, (Fn. 117), S. 28 f.; Schäfer/Ott, (Fn. 10), S. 537 ff.

¹⁶⁰ 張永健，前揭註91，頁118-121。

¹⁶¹ 張永健，前揭註91，頁30-31。

¹⁶² Ott, (Fn. 117), S. 28.

¹⁶³ 王澤鑑，前揭註44，頁268-270。

力之有無及其範圍，正是有助於降低資訊成本的一種制度設計方式¹⁶⁴。相對地，在侵權法中就沒有此種需要明確標準以降低交易成本的必要，故此可說明何以侵權行為係以識別能力而非行為能力之有無來判定責任能力。

以上略舉數例說明，民事財產法的「內在」原則，其規範性或合理性大多可以歸結至效率原則。本文並不反對以所謂「歸納法」作為發現法律原則的方式，但內部體系的重點在於，法律原則必須具有說明（explain）的面向與證成（justification）的作用：一項原則之所以是法律原則，並不僅僅由於它能夠從具體法律規定所「歸納」得出，更在於它能夠說明，既有的制度規定所欲達到之目的或所要發揮之功能為何，從而可以證成為何會有這樣的制度設計或規定內容¹⁶⁵。以效率作為民法基本原則之上位原則，有助於清楚掌握各項制度規定之目的與功能，強化內在原則的說明力道，同時也能為民事財產法之制度規定提出廣泛且一貫的證成方式¹⁶⁶。就此而言，效率並非法律體系的外在價值，反而可以構成民法內部體系的統一性基礎¹⁶⁷。

¹⁶⁴ Ott, (Fn. 117), S. 29 f.

¹⁶⁵ 當然，這只是對於「法律原則」的理解方式之一，關於效率作為法律原則的幾種理解方式，可參考Lieth, (Fn. 11), S. 122 ff.

¹⁶⁶ 強調目的與功能在體系化工作之重要性，以及一貫性與統一性作為體系化的要求，可見黃茂榮，前揭註5，頁681-686。由此亦可看出，經濟分析的體系概念能夠補充評價法學不足之處：以Larenz為代表的方法論強調法律適用與續造不可避免涉及評價（Larenz/Canaris, (Fn. 56), S. 36 ff.），但這些評價要素往往散見於各項法律原則，關於其如何證立，欠缺統一性的說明（此問題可見Alexy, (Fn. 20), S. 22 ff.）。而如本節所述，大多數的民法內在原則，均可透過效率原則來說明其合理性或正當性，而原則衝突的衡量亦可理解為二階效率的思維，是故從經濟分析觀點來重新理解評價法學，更能強化評價之一貫性與提高方法之精確性。

¹⁶⁷ 惟須強調的是，同一套制度規定可以有不同的功能說明，侵權法的功能可以是填補損害，也可以是為了預防損害；即便同一項原則，也可以訴諸不同的上位價值來證成，例如保障言論自由之目的可以是為了促進個人自主實現，或是追求真理，或是健全民主程序。換言之，針對同一套法律制度規定，可以有多樣化的（內部）體系建構方式。本文並非主張效率是唯一能夠證成並說明民法體系內在價值與制度規定的上位原則，也不排除可以訴諸其它價值或理論來說明民法的制度規定，並作為其內在原則之規範性基礎。就理論層面而言，不同體系建構方式的優劣評斷標準，除了一致性之外，即在於其說明的廣泛性與證成的一貫性。經濟分析的優勢即在於其能夠從抽象到具體的層面，一以貫之地說明、分析、批判大部分民

五、經濟分析作為後設方法

第參部分第一節舉出數個例子說明經濟分析式文義解釋，是在**文義開放結構的可能範圍內**，運用經濟分析方法，作出促進效率之解釋。此種情境下使用經濟分析，應該爭論較小。但訴諸經濟效率之目的解釋或法律續造，可能會得到與（訴諸日常語言意義的）文義解釋不同的結果，或甚至必須作出逾越或違背文義之決定（例如目的性擴張與限縮）；此時即涉及關於解釋方法運用及順序之後設方法論問題。

如前所述，為什麼要採取某個解釋方法，仍然是結果導向的考量——採取這個解釋方法，能夠達到某個好的結果，亦即實現某些高階的價值、目的或原則。因此，後設方法論的說理，乃是後設目的或結果論證，解釋方法的順序問題，取決於解釋方法的結果分析與高階目的或價值的衡量¹⁶⁸。如此一來，上述解決目的競合衝突之二階效率考量，就會在後設方法論的層次再度登場。差別在於，前文探討者乃「目的」衝突時的權衡問題，本節探討者乃「法律解釋方法」得出不同解釋結論時的選擇問題。

以文義解釋的初步優先性為例。一般認為，在語意論證足以確定結果的案件中，文意解釋具有優先性，是為了確保法官受制定法拘束，以實現權力分立與民主原則的要求，並且能夠提昇法安定性與可預見性。但這同樣可以從成本效益的效率角度來理解：在法律不違憲的前提下，法院接受民主立法者的制定法所包含的價值與作法，自己不再重新進行價值權衡判斷，直接依據法律文義作出決定，顯然是比較能夠節省勞力時間等成本的有效率論證方式。

以契約法為例，法院對任意規定的穩定文義解釋，有助於當事人預先安排。即使對任意規定之文義解釋某些時候可能很離譜，當事人仍可用特約改變之。就算當事人沒有用事前特約改變之，當事後知道法院的穩定見解後，

事財產法規定或相關制度。與經濟分析相競逐之理論體系，至少也必須具有相等的廣泛性與一貫性，方足以匹敵。

¹⁶⁸ 關於後設方法作為各種解釋方法之結果分析，以及傳統方法論在此方面的欠缺不足，可見Kirchner, (Fn. 12), S. 490 ff.

也可以儘快和解，以節省訴訟的勞費——這不但是私人成本，也是社會成本。就此而言，文義解釋的優先性，至少有部分（雖非全部）的一階效率意涵。換另一個角度說，文義解釋的初步優先地位，來自於長期實踐後，或理論推測下，合於經濟效率的推測。

然而，在語意論證無法確定結果的情況下，亦即待解釋之概念具有開放結構，或在文義範圍內容許多種解釋可能時，法安定性與權力分立原則的論證力道就減弱了：在這種情況下，法官無法單憑語意論據確定法律效果，甚至可能也不清楚立法者所預設的解決方案為何；若認為只要在文義範圍內，即可各憑己意採取任一可能的解釋選項，容易導致同案不同判，反而有害於法安定性與可預見性。

由此可見，文義解釋與其他解釋方法其實沒有真正的衝突：在語意不確定的情況下，文義解釋無法確定結果，引入其它解釋方法正是為了精確化概念的意義內涵，以非恣意的方式來決定要採取哪一個解釋選項；而不論引進何種解釋方法（歷史、體系或目的），都帶有結果考量的面向：如前所述，採取歷史解釋是以遵從立法者意旨的方式來實現權力分立原則的要求，採取目的解釋則是為了達到利益與資源的公平分配或有效運用。換言之，在這種情況下，引進文義以外的解釋方法未必損及法安定性與可預見性，但同時更能促進其它高階價值或原則的實現；這顯然也是運用前述「最適化要求」思維方式之適例¹⁶⁹。

然而，第貳部分第三節第五小節已指出，由於解釋方法之多樣性，以及各種解釋方法本身就帶有不確定性，引進文義以外之解釋方法，仍然要面臨（文義之外的）解釋方法選擇，以及法律解釋的不確定性問題。如前所述，後設方法論的真正問題，**不在於解釋方法之間如何優先排序，而在於評價各個可能解釋選項孰優孰劣**。如果作為選擇依據之評價標準足夠明確，則因解釋不確定性對法安定性或可預見性所造成之負面影響即可降到最低。但解釋

¹⁶⁹ 類似看法，可見Kirchner, (Fn. 12), S. 502 f. 關於憲法原則的最適化之詳細闡述，亦見van Aaken, (Fn. 10), S. 315 ff.

選擇的明確評價標準為何，一直是傳統法學方法論懸而未決的問題¹⁷⁰；毋庸諱言，經濟分析所提出之效率標準（尤其是處理衡量問題的二階效率判準），正可補充法釋義學在後設方法的不足，作為選擇法律解釋的明確評價標準之一。

試以前述民法第 190 條「動物占有人」如何解釋為例。王澤鑑教授曾經指出，過往學說至少有五種不同見解：或包括直接占有人、間接占有人、占有輔助人；或指直接占有人與間接占有人；或僅指直接占有人；或只包括直接占有人與占有輔助人；或僅指為自己利益而使用該動物之人。這些不同見解各自都可從文義、體系、目的等解釋方法得出。至於該採何種解釋，與其抽象討論解釋方法之適用順序，毋寧如王澤鑑教授所言：「**關鍵問題在其判斷標準**。依本條但書規定……可知係以事實上管領力為判斷標準」¹⁷¹。但為何需以事實上管領力作為判斷標準？借鑑前述限縮解釋民法第 373 條「交付」之經濟分析觀點，此亦基於降低風險防範成本的考量：對動物有事實上管領力者（直接占有人與占有輔助人），通常能夠以較低成本來預防動物傷害他人之風險。準此，將「動物占有人」理解為直接占有人與占有輔助人，而不包括間接占有人，顯然更能提昇（資源配置）效率，而為較佳的解釋選擇¹⁷²。

文義解釋與其他論證形式之間真正會發生衝突之處，在於法律續造之許可性的問題。由於法律續造逾越或違反制定法的文義，故其必然偏離或推翻了語意論據所確定之結果。如前所述，這涉及支持文義解釋之法安定性、可預見性與權力分立原則，以及法律續造所要實現之目的（不論是否直接訴諸效率作為續造之規範目的）之間如何取捨衡量的問題。前者之比重在各個法領域有所不同。在刑法領域，法安定性和可預見性就非常重要，這表現在罪

¹⁷⁰ Alexy, (Fn. 20), S. 19 ff.; Larenz, (Fn. 8), S. 343 ff.; 顏厥安，前揭註41，頁156。

¹⁷¹ 王澤鑑，前揭註5，頁286（粗體為筆者所加）。

¹⁷² 關於動物占有人認定之經濟分析，張永健（2013），〈占有規範之法理分析〉，《臺大法學論叢》，42卷特刊，頁855-856。關於民法第190條動物占有人如何解釋之不同見解，亦請參考吳從周（2010），《民事法學與法學方法第四冊》，頁99-112，臺北：新學林。

刑法定主義的要求之上，不允許法官造法類推適用入人於罪。但在民法領域，就未必如此。法律續造或許會帶來某些出乎意外之結果，但未必總是不能接受。

以前述的幾個例子而言，故意誇大品質之出賣人，本就可以料到買受人發現標的物原形之後會引來後續糾紛，類推適用民法第 360 條後半，課予其同樣的損害賠償責任，只是在嚇阻其投機僥倖，不僅不會增加資訊成本，反而有助於避免後續衍生之社會成本。鄰地所有人，可能並不在乎誰是袋地所有人，誰是承租人，而只在乎利用袋地之人在何種條件下能通過其地，若因此受到損害又能請求多少償金。在這些例子中，法安定性或可預見性之相對重要性較低，即使有負面影響，也相當輕微¹⁷³；若不進行法律續造，其他價值或目的（提昇資源配置效率、降低交易糾紛之社會成本等等）將無法獲得實現，由此舉隅可見，在民法領域允許法律續造往往才是有效率的作法¹⁷⁴。

對於法律適用者（如法官）而言，後設方法不可或缺，因為法律解釋過程，始終都需面對有另一種決定的可能，亦即不同決定選項並存的問題：在文義範圍內有多種解釋可能時要選擇那一種？就算語意論據可以確定法律效果，也總是有逾越或違反文義之法律續造的可能，此時究竟是要因循文義解釋，還是進行法律續造？

因此，後設方法論的核心工作就在於，**面對不同選擇可能性時，提出一套評價選擇的程序或標準**。經濟分析以二階效率判準作為後設方法，其實與傳統的解釋方法並不衝突，兩者可視為一個整體工作的兩階段：在第一階段，

¹⁷³ 法安定性與可預見性固然是需要盡力實現之重要價值，但高的法律安定性、可預見性，不當然代表是最好的法律——偷竊者一律處死，非常容易預測，法律也很安定，卻違背了民主法治國家的一些根本價值預設。由此極端之例可知，法安定性是正面的價值之一，但不是唯一的價值。

¹⁷⁴ 事實上，由於立法者制定法律時面對的是不確定的未來，因此制定法必然有不完備之處，面對立法者未能預見的案型，先透過司法的法律續造來處理，之後再由立法者修正制定法採納之（例如物權編修正新增第 800 之 1 條的規定），有時反而是更能節省決策成本的方式。對當事人亦是如此，遊說立法者所要耗費的成本，往往比尋求司法途徑解決更高（當然，此處仍需考慮司法資源配置的問題，在此無法詳論）。對此亦可參見 Kirchner, (Fn. 12), 506 ff.

要考量各種解釋方法，儘可能找出可供選擇的不同解釋選項¹⁷⁵；在第二階段，則是評估這些選項會帶來的結果，再進行成本效益分析以決定要採取哪一個選項，這個階段大致包含以下幾個步驟¹⁷⁶：

首先是預測不同決定選項所可能導致的結果。如前所述，結果預測主要屬於經驗面向的實證研究工作，實證社會科學研究可用於估計不同的法律解釋選項對行為人的可能影響。

其次則是結果評估的工作。每個可能的選項通常都有正面與負面的效果，故此處的工作主要是評估各個選項的機會成本：採取某個選項（解釋或續造）會帶來某種好處（實現某種價值或某個目的），但也可能因此放棄了採取其他選項所會帶來的利益（或者會對其它價值或目的帶來負面影響）。如前所述，運用二階效率判準的成本效益分析，可以作出一定的比較排序，找出最適的決定選項¹⁷⁷。

再來則是評估採取某個決定選項所蘊含的成本或風險分配問題。採取什麼樣的解釋選項（例如前述關於民法第 373 條之「交付」與民法第 190 條之「動物占有人」如何解釋的問題），往往涉及由誰來承擔可能的風險。從避免資源浪費，降低社會總成本的角度而言，應該採取的決定選項是：儘可能讓有能力以最低成本預防風險或分散風險發生的一方去承擔風險¹⁷⁸。

最後，關於經濟分析在法學方法之整合運用，有兩點批評值得注意：

¹⁷⁵ 這其實也是Alexy提出的一條重要法律論證規則：「所有可能提出之屬於法律解釋方法的論證形式，都必須予以考量」，Alexy, (Fn. 20), S. 306.

¹⁷⁶ 關於這個兩階段工作，亦可參考Kirchner/Koch, (Fn. 11), S. 122 ff.

¹⁷⁷ 雖然目的權衡必然蘊含二階效率的考量，但本文並未宣稱經濟分析是唯一的後設方法。若以其他方法作為後設方法，則可能不評估解釋選項的後果，或者以其他理論（例如社會學或人類學）評估與預測後果；再以其他方法的評價標準，決定最適的選項。但除非真的主張解釋選項的後果評估不重要，否則經濟分析或其他社會科學方法，必然要在預測和結果評估的工作中，扮演一定角色。準此，後設方法雖不當然由經濟學所獨占，但至少有一部分是社會科學的。

¹⁷⁸ 事實上，此即前述「最低成本之（風險）防避者」（the cheapest cost avoider）在法律解釋方法之運用，亦可見Möllers, (Fn. 15), S. 186 ff.

第一種批評認為，雖然效率是值得追求的法律目的，但實現效率，是立法者而非司法者的工作。法官的工作是在立法者的拘束下適用解釋法律，而非代替立法者作出政策決定¹⁷⁹。

此一批評可分兩個層次回應。首先，所謂「法官受立法者拘束」，指的主要是受制定法文義與立法者意思之拘束。但在文義模糊開放具有多種解釋可能，立法者意思不明確或難以探知，乃至可能進行法律續造的情況，法官都不可避免會有一定程度的決策選擇餘地。在此，法律解釋或續造的結果都會產生一項實證法所未明定的規範，從而解釋論與立法論難以截然二分。若認為效率是值得追求的立法目標，則當法官居於補充立法者的地位，選擇效率導向的法律解釋或續造，似乎也無可厚非。

其次，立法者的政策決定往往要權衡多種價值，評估不同選項的機會成本。而在法律適用包含評價要素的前提下，法官適用解釋法律，也經常必須解決目的衝突與進行價值衡量。如前所述，若要追求相競合價值或目的整體之最適化實現，仍必須訴諸二階效率的思維方式。就此而言，司法衡量與立法者的價值權衡，在方法上並無本質不同；其差別或許只在於前者有較大制度框架的侷限，而後者價值選項範圍更為廣闊。

第二種批評則不反對法官運用經濟分析進行法律解釋與續造，而是指出實際上的困難：經濟分析的運用需要一些事實層面的經驗知識，包括結果預測與成本效益的估算（例如前述野生動物護欄案中，設置護欄的花費與年度事故損害總額為何）。即便法官能掌握效率判準，也可能欠缺相關經驗知識，特別是在辯論主義的民事訴訟程序中，法官基本上受限於當事人所提之證據資料，而未必能依職權調查獲得運用經濟分析所需的經驗數據¹⁸⁰。

關於第二種批評，涉及經濟分析與民事訴訟交錯之議題，在此無法深論，僅能簡要回應如下：本文同意在現行民事訴訟體系下，法官不應該逕自調查

¹⁷⁹ 此一批評可見Eidenmüller, (Fn. 10), S. 414 ff.; Eslami, *Der Einfluss der Ökonomie auf die juristische Hermeneutik*, in: *Intra - und interdisziplinäre Einflüsse auf die Rechtsanwendung*, 2017, S. 77, 88 f.

¹⁸⁰ 關於此一批評，見Eslami, (Fn. 179), S. 90 f.; Möllers, (Fn. 15), S. 184.

證據以踐行經濟分析。但法官可透過民事訴訟法第 199 條及第 199 條之 1 的闡明權行使，公開其法律適用之心證。例如，若當事人知曉法官將比較防範成本與損害機率乘以損失金額的高低，來判斷被告是否有過失或可歸責，則為求勝訴之當事人，將有誘因提出相關之事實資料，在法庭辯論後，供法官形成心證之參考¹⁸¹。

肆、結 論

在臺灣，法律經濟分析和法釋義學在過去像是兩條平行線，因此有本文扭轉兩者未來發展軌跡的嘗試。正如德國法律經濟學者 Christian Kirchner 在論及德國法學界接受經濟分析之困難時曾經指出：「如果想將法與經濟整合到法律體系本身，就必須選擇將其整合至法律解釋方法，但在此會面臨的問題是，外在價值無法被接受為解釋過程的一部分。¹⁸²」本文已經闡述將經濟分析整合至法學方法的具體作法，指出效率可以作為法律解釋與法律續造的理由；而且，效率並非法律體系之「外在」價值，反而可構成諸多民法內在原則之共同基礎。希望藉由本文的論證，使法律經濟分析與傳統法律學者都能同意，經濟分析並非只是經濟學家的精巧模型，和現實世界的法律操作無關，而法律制定與解釋不可能、更不應該在完全無視於經濟規律的真空下發展。

民法或任何法律的立法者，立法背後必有其所欲達成之目標。立法者可能有值得贊成之目標，但用錯了文字來表達，或用錯了管制手段；立法者可能考量不夠周全，忽略了重要的價值。當立法具體又周延時，釋義學束縛了、

¹⁸¹ 當然，有此誘因之前提在於，預期勝訴所獲得之效益大於舉證之成本，若蒐集事實數據之花費過高，自然無此誘因，但這是訴訟成本效益分析的自然之理，並非法官運用經濟分析所獨有的問題。

¹⁸² See Kirchner, *supra* note 6, at 286 (“If one is interested in integrating law and economics into the legal system, one has to opt for the integration of law and economics into methods of legal interpretation. But here one is confronted with the problem that external values are not acceptable as part of the process of interpretation.”).

也幫助了所有法律解釋者，降低自己思維成本、減少彼此溝通成本、增加對外的可預見性。社科法學諸如經濟分析，可以退居二線。但當立法甚為抽象，又往往仍無法將所有事物類型一網打盡時，法律解釋者機械地適用法令，或只是選擇其中一種可能的解釋，或只是單純遵循前例，則不當然達到最佳狀況。此時，以經濟分析為代表的社科法學方法有助於發掘其他的解釋可能性，並評估多種解釋方式的成本效益。經濟分析方法可以嵌入法釋義學，提升論證品質，增進社會福祉。

參考文獻

一、中文文獻

- Fritz Baur、Jürgen F. Baur、Rolf Stürner (著)，申卫星、王洪亮(譯)(2006)，
《德国物权法(下冊)》，北京：法律出版社。
- Manfred Wolf (著)，吳越、李大雪(譯)(2006)，《德國物權法》，臺
北：韋伯文化。
- 王澤鑑(1996)，《民法學說與判例研究第七冊》，臺北：自刊。
----- (2009)，《侵權行為法》，臺北：自刊。
----- (2010)，《民法物權》，2版，臺北：自刊。
----- (2011)，《法律思維與民法實例》，臺北：自刊。
----- (2014)，《民法總則》，增訂新版，臺北：自刊。
- 王鵬翔(2004)，〈目的性限縮之論證結構〉，《月旦民商法雜誌》，4期，
頁16-29。
----- (2005)，〈論基本權的規範結構〉，《臺大法學論叢》，34卷2期，
頁1-60。doi: 10.6199/NTULJ.2005.34.02.01
----- (2005)，〈論涵攝的邏輯結構：兼評Larenz的類型理論〉，《成大
法學》，9期，頁1-45。
- 王鵬翔、張永健(2015)，〈經驗面向的規範意義：論實證研究在法學中的
角色〉，《中研院法學期刊》，17期，頁205-294。
- 吳從周(2010)，《民事法學與法學方法第四冊》，臺北：新學林。
- 林俊廷(2014)，〈論物之經濟效用解釋：案例事實之類型化分析〉，收於：
司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集編輯委員會(編)，《司法院謝
前副院長在全七秩祝壽論文集：物權與民事法新思維》，頁463-486，
臺北：元照。
- 邱玟惠(2015)，《民法物權逐條釋義》，臺北：元照。
- 邱聯恭(1996)，《程序制度機能論》，臺北：自刊。

- 張永健（2012），〈附合與混合之經濟分析〉，《月旦民商法雜誌》，36 期，頁 74-97。
- （2013），〈越界建築之經濟分析〉，《中研院法學期刊》，12 期，頁 153-201。
- （2013），〈占有規範之法理分析〉，《臺大法學論叢》，42 卷特刊，頁 847-932。doi: 10.6199/NTULJ.2013.42.SP.03
- （2015），《物權法之經濟分析：所有權（第一冊）》，臺北：元照。
- （2016），〈購物網站標錯價之合約糾紛與行政管制：經濟分析觀點〉，《政大法學評論》，144 期，頁 155-225。
- （2017），〈動產所有權善意取得之經濟分析〉，《中研院法學期刊》，21 期，頁 81-154。
- 張永健、吳從周（2019），〈逝者的公寓大廈：靈骨塔的契約與物權安排問題〉，《臺大法學論叢》，48 卷 4 期（即將出刊）。
- 許德風（2008），〈論法教義學與價值判斷〉，《中外法學》，20 卷 2 期，頁 165-190。
- （2013），〈法教義學的应用〉，《中外法學》，25 卷 5 期，頁 937-973。
- 陳自強（2011），〈契約過失責任與無過失責任之間：歸責事由的比較法觀察〉，《政大法學評論》，123 期，頁 1-50。
- （2012），〈契約責任之歸責事由〉，《臺大法學論叢》，41 卷 1 期，頁 71-131。doi: 10.6199/NTULJ.2012.41.01.02
- （2013），〈買賣物之瑕疵債務不履行一般規定之適用〉，《月旦法學雜誌》，214 期，頁 241-264。
- 陳榮傳（2014），《民法物權實用要義》，臺北：五南。
- 黃茂榮（2002），《買賣法》，5 版，臺北：自刊。
- （2009），《法學方法與現代民法》，6 版，臺北：自刊。
- 黃詩淳、張永健（2019），〈「一身專屬性」之理論建構：以保證契約之繼承為重心〉，《中研院法學期刊》，25 期，頁 283-351。

- 黃韜（2014），〈台湾地区法律经济学研究现状及其成因：基于法学知识生产的分析框架〉，《华东政法大学学报》，92期，頁136-149。
- 雷磊（2015），〈法教义学的基本立场〉，《中外法学》，27卷1期，頁198-223。
- 熊秉元（2015），《正義的效益：一場法學與經濟學的思辨之旅》，臺北：商周。
- 鄭冠宇（2016），《民法物權》，6版，臺北：新學林。
- 戴昕、張永健（2018），〈比例原则还是成本收益分析？：法学方法的批判性重构〉，《中外法学》，30卷6期，頁1519-1545。
- 謝在全（2014），《民法物權論（上）》，6版，臺北：自刊。
- 顏厥安（1998），《法與實踐理性》，臺北：允晨文化。
- 蘇永欽（1999），〈相鄰關係在民法上的幾個主要問題〉，收於：民法研究會（編），《民法研究2：民法研究會實錄》，頁1-68，臺北：學林。
- （2008），《尋找新民法》，臺北：元照。
- （2015），〈夏蟲語冰錄（八十七）：違章建築與小產權房〉，《法令月刊》，66卷4期，頁179-188。doi: 10.6509/TLM.2015.6604.07

二、英文文獻

- Aarnio, A. (1997). *Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*. Hampshire, England: Ashgate.
- (2011). *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Berlin: Springer. doi: 10.1007/978-94-007-1655-1
- Aarnio, A., Alexy, R., & Peczenik, A. (1981). The Foundation of Legal Reasoning III. *Rechtstheorie*, 12(4), 423-448.
- Alexy, R. (2000). On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, 13(3), 294-304. doi: 10.1111/1467-9337.00157

- Alexy, R., & Dreier, R. (1991). Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany. In N. MacCormick, & R. Summers (Eds.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study* (pp. 73-122). London, England: Ashgate.
- Ben-Shahar, O. (2009). A Bargaining Power Theory of Default Rules. *Columbia Law Review*, 109(2), 396-430.
- Broome, J. (1991). *Weighing Goods: Equality, Uncertainty and Time*. Oxford, England: Blackwell. doi: 10.1002/9781119451266
- Calabresi, G. (2016). *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*. New Haven, CT: Yale University Press. doi: 10.12987/yale/9780300195897.001.0001
- Cooter, R., & Ulen, T. (2016). *Law and Economics* (6th ed.). Boston, MA: Pearson.
- Garoupa, N., & Ulen, T. S. (2008). The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States. *Alabama Law Review*, 59, 1555-1633.
- Grechenig, K., & Gelter, M. (2008). The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism. *Hastings International & Comparative Law Review*, 31, 295-360.
- Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law* (J. Raz, L. Green, & P. A. Bulloch, Eds. 3rd ed.). Oxford, England: Oxford University Press. doi: 10.1093/he/9780199644704.001.0001
- Kan, S. S. (1999). Law and Economics in Taiwan. In B. Bouckaert, & G. De Geest (Eds.), *Encyclopedia of Law & Economics* (pp. 328-336). Northampton, MA: Edward Elgar.
- Kirchner, C. (1991). The Difficult Reception of Law and Economics in Germany. *International Review of Law and Economics*, 11, 277-292.
- Landes, W. M., & Posner, R. A. (1996). The Economics of Legal Disputes over the Ownership of Works of Art and Other Collectibles. In V. Ginsburgh &

- P.-M. Menger (Eds.), *Essays in the Economics of the Arts* (pp. 177-219). New York, NY: Elsevier.
- Peczenik, A. (2005). *Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*. Berlin, Germany: Springer.
- Posner, R. A. (2004). Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations. *Ratio Juris*, 17 (1), 66-79. doi: 10.1111/j.0952-1917.2004.00255.x
- Posner, R. A., & Rosenfield, A. M. (1977). Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis. *The Journal of Legal Studies*, 6(1), 83-118. doi: 10.1086/467564
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice* (Revised ed.). Cambridge, MA: Harvard University Press.

三、德文文獻

- Aaken, A. van (2003). „*Rational Choice*“ in der *Rechtswissenschaft*. Baden-Baden: Nomos.
- Aarnio, A. (1979). *Denkweisen der Rechtswissenschaft*. Wien: Springer Verlag.
- Adams, M. (2004). *Ökonomische Theorie des Rechts* (2. Aufl.). Frankfurt a.M.: Peter Lang. doi: 10.3726/978-3-653-02262-9
- Alexy, R. (1986). *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- (1995). *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- (1996). *Theorie der juristischen Argumentation* (3. Aufl.). Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Althammer, C./Roth, H. (Hrsg.) (2016). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 3: Sachenrecht §§ 903-924*. Berlin: Sellier - de Gruyter.
- Assman, H.-D./Kirchner, C./Schanze, E./Calabresi, G. (Hrsg.) (1993). *Ökonomische Analyse des Rechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr.

- Behrens, P. (1986). *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- Bydlinski, F. (1991). *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (2. Aufl.). Wien: Springer. doi: 10.1007/978-3-7091-6705-2
- (1996). *System und Prinzipien des Privatrechts*. Wien: Springer. doi: 10.1007/978-3-7091-9441-6
- Canaris, C.-W. (1983). *Die Feststellung von Lücken im Gesetz* (2. Aufl.). Berlin: Duncker & Humblot.
- (1983). *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* (2. Aufl.). Berlin: Duncker & Humblot. doi: 10.3790/978-3-428-05312-4
- Diehn, T./Wiegand, W. (Hrsg.) (2017). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 3: Sachenrecht §§ 925-984; Anh zu §§ 929-931* (Neubearbeitung). Berlin: Sellier - de Gruyter.
- Eidenmüller, H. (2015). *Effizienz als Rechtsprinzip* (4. Aufl.). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Eslami, N. (2017). Der Einfluss der Ökonomie auf die juristische Hermeneutik. In D. Sliwiok-Born/B. Steinrötter (Hrsg.). *Intra- und interdisziplinäre Einflüsse auf die Rechtsanwendung* (S. 77-97) . Tübingen: Mohr Siebeck.
- Fezer, K. H. (1986). Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach. *JuristenZeitung*, 41(18), 817-824.
- Gaier, R. (2013). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (6. Aufl., Bd. 6). München: C.H. Beck.
- Grechenig, K./Gelter, M. (2008). Divergente Evolution des Rechtsdenkens - Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 72, 513-561. doi: 10.1628/003372508784937293
- Grundmann, S. (1997). Methodenpluralismus als Aufgabe: Zur Legalität von ökonomischen und rechtsethischen Argumenten in Auslegung und

- Rechtsanwendung. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 61, 423-453.
- Herrler, S. (2018). *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen* (77. Aufl.). München: C.H. Beck.
- Kirchner, C. (1997). *Ökonomische Theorie des Rechts*. Berlin: Walter de Gruyter.
- (2017). Methodiken für die judikative Rechtsfortbildung im Zivilrecht: die institutionenökonomische Perspektive. In J. Rückert/ R. Seinecke (Hrsg.), *Methodik des Zivilrechts - von Savigny bis Teubner* (3. Aufl., S. 489-509). Baden-Baden: Nomos. doi: 10.5771/9783845272924-488
- Kirchner, C./Koch, S. (1989). Norminterpretation und ökonomische Analyse des Rechts. *Analyse und Kritik*, 11(2), 111-133. doi: 10.1515/auk-1989-0201
- Koch, H.-J. (1977). Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht. In H.-J. Koch (Hrsg.), *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht* (S. 15-157). Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Koch, H.-J./Rüßmann, H. (1982). *Juristische Begründungslehre: Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*. München: C. H. Beck.
- Kötz, H./Schäfer, H.-B. (2003). *Judex Oeconomicus: 12 höchstrichterliche Entscheidungen kommentiert aus ökonomischer Sicht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kramer, E. A. (2010). *Juristische Methodenlehre* (3. Aufl.). Bern: Stämpfli.
- Ladeur, K.-H. (2000). Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels: Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 64, 60-103.
- Larenz, K. (1991). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (6. Aufl.). Berlin: Springer. doi: 10.1007/978-3-662-08711-4
- Larenz, K./Canaris, C.-W. (1995). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (3. Aufl.). Berlin: Springer. doi: 10.1007/978-3-662-08709-1

- Laudenklos, F. (2017). Methode und Zivilrecht in der ökonomischen Analyse des Rechts. In J. Rückert/R. Seinecke (Hrsg.), *Methodik des Zivilrechts - von Savigny bis Teubner* (3. Aufl. S. 471-488). Baden-Baden: Nomos. doi: 10.5771/9783845272924-470
- Lieth, O. (2007). *Die ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsrestriktionen des Rechts und seiner Methodenlehre*. Baden-Baden: Nomos. doi: 10.5771/9783845200613
- Mathis, K. (2006). *Effizienz statt Gerechtigkeit?: Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts* (2. Aufl.). Berlin: Duncker & Humblot.
- Müller, F. (2006). Ökonomische Theorie des Rechts. In S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts* (S. 323-344). Stuttgart: Lucius & Lucius
- Möllers, T. M. J. (2017). *Juristische Methodenlehre*. München: C.H. Beck.
- Ott, C. (1989). Allokationseffizienz, Rechtsdogmatik und Rechtsprechung - die immanente ökonomische Rationalität des Zivilrechts. In C. Ott/H.-B. Schäfer (Hrsg.), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung* (S. 25-44). Berlin: Springer. doi: 10.1007/978-3-642-74726-7_2
- Ott, C./Schäfer, H.-B. (1988). Die ökonomische Analyse des Rechts - Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?. *JuristenZeitung*, 43(5), 213-223.
- Pawlowski, H.-M. (1999). *Methodenlehre für Juristen* (3. Aufl.). Heidelberg: C. F. Müller.
- Rodi, M. (2014). *Ökonomische Analyse des öffentlichen Rechts*. Berlin: Springer. doi: 10.1007/978-3-662-43594-6
- Rödig, J. (1973). *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*. Berlin: Springer. doi: 10.1007/978-3-642-65598-2

- Rüßmann, H. (2003). Möglichkeit und Grenzen der Gesetzesbindung. In R. Alexy/H.-J. Koch/L. Kuhlen/H. Rüßmann (Hrsg.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre* (S. 135-154). Baden-Baden: Nomos.
- Schäfer, H.-B./Ott, C. (2012). *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (5. Aufl.). Berlin: Springer Gabler.
- Schwintowski, H.-P. (1998). Ökonomische Theorie des Rechts. *JuristenZeitung*, 53(12), 581-588.
- (2005). *Juristische Methodenlehre*. Frankfurt a.M.: Recht und Wirtschaft.
- Tontrup, S. (1998). Ökonomik in der dogmatischen Jurisprudenz. In C. Engel (Hrsg.), *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter* (S. 41-120). Baden-Baden: Nomos.
- Towfigh, E. V./Petersen, N. (2010). *Ökonomische Methoden im Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Zippelius, R. (2003). *Juristische Methodenlehre* (8. Aufl.). München: C. H. Beck.

On the Use of Economic Analysis in Legal Methodology

*Peng-Hsiang Wang & Yun-Chien Chang**

Abstract

Scholars using economic analysis of law and the doctrinal study of law rarely have a meaningful dialogue. This article attempts to incorporate economic analysis into the doctrinal study of law, the traditional legal methodology, in the following ways. First, economic analysis is not only essential in the textual and historical interpretations in certain statutes but also a type of teleological argument in purposive interpretations of statutes. Hence, economic analysis of law can be integrated into the traditional canons of interpretation, rather than serving as a stand-alone interpretive approach. Second, efficiency, the normative goal of economic analysis of law, can be categorized into first order and second order. First-order efficiency is a substantive goal, such as allocative efficiency and production efficiency. Second-order efficiency is a tool for weighing competing values, goals, interests or principles; put differently, second-order efficiency optimizes or maximizes a set of potentially incompatible purposes. First-order efficiency can explain and justify most immanent principles of private law and thus constitute the unity foundation of the internal system of private law. Since legal principles have the structure of optimization requirements, second-order efficiency is embedded in the application of every principle. Finally, economic analysis can play the role of meta-methodology, justifying a choice of one among multiple conflicting interpretations from different interpretive approaches. Efficiency can be employed as a normative reason to justify a choice of legal interpretation and to create judge-made law.

* Associate Research Professor (tenured), Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica. Dr. iur., University of Kiel. E-mail: philaw@sinica.edu.tw

Research Professor & Director of Center for Empirical Legal Studies, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica. J.S.D., N.Y.U. Law. E-mail: kleiber@sinica.edu.tw

Keywords: economic analysis, the doctrinal study of law, efficiency, incentive, legal methods, statutory interpretation, judicial development of law, meta-methodology (second-order methodology)